

PARTE GENERALE

PAGINA BIANCA

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI CONCORRENZA NELLA CONTRATTAZIONE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La particolarità del settore della legislazione interessante la contrattazione con la pubblica Amministrazione impone che la ricezione di istituti attinenti ad altre materie venga operata tenendo conto della specialità del sistema predisposto nel nostro ordinamento giuridico.

Si è definito come diritto civile speciale quello disciplinante i rapporti contrattuali in cui è parte la pubblica Amministrazione, e ciò proprio perché a lato delle norme di diritto comune sono poste norme speciali facenti parte, anzitutto, del complesso normativo costituito dalla legge e dal regolamento di contabilità generale dello Stato.

La particolarità dei rapporti è in funzione della particolarità dei fini che una delle parti contraenti (la pubblica Amministrazione) deve necessariamente raggiungere, per cui gli istituti, che trovano analogo riscontro nel diritto comune, sono piegati a questa particolare finalità, trovando adeguata e speciale disciplina nelle disposizioni che riguardano in modo particolare la pubblica Amministrazione.

Di questo necessario adattamento occorre tener conto anche per istituti considerati non solo dalla scienza giuridica, ma anche dall'economia ove si ritenga di doverli prendere in esame per taluni effetti nei settori della normativa interessante la pubblica Amministrazione.

Questi istituti subiscono i necessari adattamenti e l'interprete deve tenerne conto ai fini di stabilire in quale misura possono essere considerati gli effetti che si determinano anche nel settore interessante la pubblica Amministrazione.

Si dovrà, però, in sede di analisi e di misurazione delle conseguenze di un dato sistema tener conto della specialità del settore e dei diversi criteri che presiedono alla disciplina normativa e alla prassi ammini-

strativa interessanti il campo in cui interviene la pubblica Amministrazione, poiché, diversamente, le conseguenze da trarre sarebbero necessariamente erronee.

Alla luce di queste osservazioni va considerato anche l'istituto della concorrenza nella contrattazione con la pubblica Amministrazione.

E' superfluo richiamare i concetti economici e giuridici che sono stati indicati e stabilire quale di essi, sia nel campo della economia sia in quello giuridico, possa essere considerato il più esatto e il più aderente alla realtà economica o a quella normativa.

Ciò che interessa sottolineare è che il concetto di concorrenza è diverso nel settore che riguarda la contrattazione con la pubblica Amministrazione, quale delle definizioni si intenda accogliere per l'istituto considerato.

Deve, infatti, osservarsi che la pubblica Amministrazione, proprio perché indirizza la sua azione per il raggiungimento del fine pubblico, si differenzia con ciò stesso dalla posizione del privato operatore il quale persegue essenzialmente il fine di lucro: in questo senso i concetti economici e giuridici devono tener conto di questa realtà materiale.

Della diversa realtà riguardante la pubblica Amministrazione occorre necessariamente tener conto per pervenire ad una adeguata definizione della concorrenza nel settore della contrattazione con la pubblica Amministrazione.

La concorrenza infatti non può essere fatta consistere nel perseguimento del maggior guadagno, proprio perché l'istituto del guadagno non rientra nel sistema normativo che disciplina il settore della spesa pubblica.

Neppure può essere considerato l'aspetto della minor spesa in senso contabile proprio perché la finalità pubblica non coincide sempre né deve sempre coincidere con l'evento della spesa minore e cioè con il minor esborso di denaro.

Ecco perché l'aggiudicazione non deve necessariamente essere attuata a favore dell'offerente che ha indicato il prezzo più basso, ma può essere compiuta anche a favore di un soggetto che abbia indicato un'offerta di ribasso minore.

La ragione va rinvenuta nel sistema che disciplina la ricerca e la scelta del contraente privato: in esso si inserisce, a lato dei criteri che possono rinvenirsi nella contrattazione fra privati (e cioè il perseguimento dell'utile economico), il particolare aspetto del perseguimento del pubblico interesse in tutti i suoi aspetti molteplici, il cui apprezzamento è riservato alla stessa pubblica Amministrazione.

Nel conseguimento del fine pubblico si incentra quindi tutto il sistema della contrattazione con la pubblica Amministrazione e in questo sistema, che trova poi inderogabile disciplina nel complesso normativo indicato e in quello costituito dalle altre disposizioni complementari e particolari per i singoli settori della contrattazione, l'istituto della concorrenza deve necessariamente subire adattamenti, non potendo essere assunto nelle forme e con le finalità proprie di quello considerato dagli economisti o dal diritto comune.

Con questa precisazione può essere inteso il sistema attualmente in vigore: l'individuazione di limiti alla concorrenza nel settore della contrattazione con la pubblica Amministrazione va compiuta tenendo conto del concetto di concorrenza come deve essere assunto in questo particolare campo della vita nazionale.

CAPITOLO II

I LIMITI ALLA CONCORRENZA NELLA CONTRATTAZIONE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CONSIDERAZIONI GENERALI

1. - INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA.

Un'indagine rivolta ad accertare l'esistenza di limiti alla concorrenza nella contrattazione con la pubblica Amministrazione non risulta essere stata mai effettuata da Amministrazioni statali o da enti pubblici. L'esistenza peraltro di situazioni (alcune delle quali legittimate perfino da disposizioni normative) suscettibili di integrare casi di limiti alla concorrenza nella contrattazione con la pubblica Amministrazione era stata sempre avvertita dalla quasi totalità degli uffici e degli enti pubblici interpellati (v. ad es. Gestione I.N.A.-Casa, nota 11 aprile 1962).

L'aver avvertito l'esistenza dei limiti non aveva, peraltro, indotto alcuna Amministrazione allo svolgimento di una indagine che consentisse l'individuazione e l'isolamento di quelle situazioni che, nello svolgimento dell'attività di contrattazione, venissero ad assumere sostanza ed effetto di vero e proprio limite alla concorrenza.

2. - IL DISEGNO DI LEGGE CONTENENTE LA DELEGA LEGISLATIVA PER LA MODIFICA E L'AGGIORNAMENTO DELLE NORME SULL'AMMINISTRAZIONE DEL PATRIMONIO E SULLA CONTABILITÀ GENERALE DELLO STATO.

Come verrà sottolineato nel corso dell'esposizione delle risultanze delle indagini, una delle situazioni che è stata segnalata in modo quasi unanime all'attenzione della Commissione, si sostanzia nel rilievo circa la complessità delle procedure amministrative che la pubblica Amministrazione adotta nel settore della contrattazione con i privati: in particolare, gli adempimenti contabili amministrativi per l'esecuzione dei pagamenti in dipendenza degli impegni contrattuali assunti. L'indicata situazione, che manifesta i suoi effetti negativi anche per quanto riguarda

la misura in cui può rendersi possibile una situazione di concorrenza nel campo della contrattazione con la pubblica Amministrazione, è stata avvertita, seppure per finalità attinenti più propriamente ad una maggiore funzionalità dell'azione amministrativa, dallo stesso Governo, il quale ha presentato alla Camera dei Deputati, nella III Legislatura un disegno di legge (atto Camera n. 3568) con il quale veniva concessa delega ad emanare norme aventi forza di legge ordinaria per la modifica e l'aggiornamento delle disposizioni legislative riguardanti l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato. Le norme delegate avrebbero dovuto fra l'altro essere rivolte a dare una « precisa e completa disciplina dei rapporti contrattuali tra lo Stato ed i privati, delle forme contrattuali ed in particolare delle condizioni per il ricorso alla trattativa privata, nonché per l'effettuazione dei collaudi ».

Le stesse norme delegate avrebbero dovuto attuare lo snellimento e l'acceleramento delle procedure amministrative per l'acquisizione delle entrate e l'effettuazione delle spese, nelle diverse fasi, con riferimento anche alla materia contrattuale e alle forme di pagamento delle spese.

Il disegno di legge venne portato all'esame congiunto delle Commissioni permanenti I e V della Camera e in tale occasione venne esaminata anche la proposta di legge d'iniziativa degli on.li Curti ed altri (atto Camera n. 3581) recante modifiche al regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, relativamente all'anno finanziario, ai rendiconti consuntivi ed ai bilanci preventivi.

Le Commissioni riunite predisposero un testo unificato del disegno di legge e della proposta di legge e in data 14 dicembre 1962 venne presentata alla Presidenza della Camera la relazione per l'Aula.

L'art. 2 del testo unificato modificava, innovando, le disposizioni di cui al disegno di legge n. 3568 e, in particolare per quanto riguarda la disciplina della contrattazione con la pubblica Amministrazione, disponeva:

« Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare norme aventi forza di legge ordinaria per la modifica delle disposizioni legislative riguardanti l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato, attenendosi ai seguenti principii e criteri direttivi:

a) attuare nella materia il decentramento amministrativo previsto dall'articolo 5 della Costituzione, ai fini di un più organico assetto delle funzioni amministrativo-contabili, centrali e periferiche, anche con riguardo alla stipulazione dei contratti;

b) determinare le procedure per la ricerca e la scelta del privato contraente con lo Stato, in funzione della entità del contratto, della

misura e dell'urgenza del pubblico interesse; determinare le garanzie dirette ad assicurare le condizioni di parità degli aspiranti, con la fissazione dei casi in cui può essere autorizzata la trattativa privata; adottare metodi di rilevazione dell'attività di contrattazione della pubblica Amministrazione con periodica comunicazione al Parlamento delle rilevazioni stesse specificando i complessivi ammontari delle varie forme di contrattazione nei singoli settori;

c) determinare nella disciplina dei rapporti contrattuali fra lo Stato e i privati le facoltà dell'Amministrazione pubblica ai fini della tutela del pubblico interesse e della esatta esecuzione del contratto da parte del privato;

d) determinare i modi di intervento degli organi consultivi e di controllo nella contrattazione conciliando la tutela del pubblico interesse con l'esigenza di acceleramento delle procedure amministrative della spesa;

e) disciplinare le tecniche e le procedure amministrative per la acquisizione delle entrate patrimoniali e per la effettuazione delle spese, nelle diverse fasi, al fine di conseguire più rapidi risultati;

f) disciplinare l'attività degli organi competenti per quanto concerne le entrate patrimoniali e le spese dello Stato, nonché in genere la gestione del pubblico denaro, anche al fine di consentire l'immediato rilievo della gestione medesima ».

Come è agevole rilevare, oltre l'introduzione del principio del decentramento amministrativo anche per quanto attiene alla stipulazione dei contratti, l'art. 2 aveva minuziosamente previsto tutta una serie di strutture e di rimedi in materia di contrattazione, fissando il principio della condizione di parità degli aspiranti, e prevedendo l'adozione di metodi di rilevazione dell'attività di contrattazione della pubblica Amministrazione con periodica comunicazione al Parlamento delle rilevazioni stesse con la specificazione dei complessivi ammontari delle varie forme di contrattazione nei singoli settori.

Proprio con riguardo a siffatta particolare disciplina, può dirsi che la disposizione teneva conto della esigenza avvertita dalla stessa Commissione di inchiesta di accertare i sistemi, le modalità e il concreto svolgersi dell'attività di contrattazione della pubblica Amministrazione, al fine di rendere possibile il controllo parlamentare in questo delicato settore.

Peraltro il testo normativo non è stato portato all'esame dell'Assemblea ed è poi decaduto per la fine della legislatura.

CAPITOLO III

L'OGGETTO DELL'INDAGINE E LE SUE FINALITA'

1. - I LIMITI LEGALI E I LIMITI DI FATTO.

L'indagine ha riguardato sia eventuali limiti alla concorrenza posti dallo stesso ordinamento giuridico, sia i limiti di fatto che le risultanze degli accertamenti eseguiti avrebbero potuto indicare.

La formulazione dei quesiti rivolti agli uffici della pubblica Amministrazione è stata operata con riferimento ai settori della legislazione interessante la materia della contrattazione con la pubblica Amministrazione, e, in particolare, con la precisa finalità di individuare quali degli istituti disciplinati dalle norme surriferite pongono, per il modo concreto di funzionamento, limiti alla concorrenza nella contrattazione con la pubblica Amministrazione.

Il contenuto delle risposte ai quesiti ha confermato che un problema di limiti non solo era stato avvertito in modo diffuso da quanti operano in questo settore, ma gli stessi pubblici amministratori hanno avuto modo di segnalare, e talvolta con molteplicità di elementi, i sistemi o i metodi attualmente in vigore, i quali costituiscono una remora al libero esplicarsi della concorrenza in materia di contrattazione con la pubblica Amministrazione.

2. - LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE INTERPELLATE.

La molteplicità delle norme che disciplinano la materia considerata è sostanzialmente ispirata a criteri uniformi, ma in sede di applicazione possono riscontrarsi differenziazioni a seconda del tipo di Amministrazione che di quelle norme fa applicazione.

E' proprio, perché è lasciato un margine, seppure minimo, di scelta in ordine al sistema da adottare nel settore della contrattazione, può essere colto per ciascuna Amministrazione un certo tipo di sistema di contrattazione in funzione della particolarità delle strutture della singola Amministrazione e della natura specifica dei fini che si intendono conseguire.

In relazione all'indicata molteplicità e varietà di sistemi di attuazione, sono state tenute distinte, sulla base di una classificazione unanimemente accolta in dottrina e in giurisprudenza, le varie Amministrazioni a seconda che facciano parte dell'Amministrazione governativa, di quella regionale, ovvero si sostanzino in enti pubblici minori.

A) E' stata considerata, anzitutto, l'Amministrazione governativa, per la quale la legge e il regolamento di contabilità generale costituiscono le norme fondamentali in materia. A queste vanno aggiunte le disposizioni, anche a carattere amministrativo, che riguardano la disciplina della esecuzione delle opere interessanti il Ministero dei lavori pubblici e alcune altre pubbliche Amministrazioni (amministrazioni militari, ferroviaria, ecc.).

B) Quindi, si è avuto riguardo all'Amministrazione regionale

Salvo la Regione siciliana, la quale solo di recente (legge regionale 18 luglio 1961, n. 10) ha emanato norme particolari sulla materia, le altre Regioni applicano le disposizioni vigenti per l'Amministrazione statale.

C) Infine è stata considerata l'Amministrazione degli enti pubblici minori, ricomprendendovi non solo le province, i comuni, le camere di commercio, gli istituti autonomi case popolari, ma anche altri enti pubblici che più direttamente, in relazione all'attività istituzionale esplicata, sono in grado di fornire utili indicazioni per i lavori della Commissione (I.N.A.-Casa, I.N.C.I.S., Cassa per il Mezzogiorno, ecc.).

Per gli enti pubblici minori, le disposizioni che disciplinano il settore della contrattazione sono diverse, ma, sostanzialmente, le singole norme o richiamano quelle applicabili nella contrattazione con la Amministrazione statale (v. ad es. per i comuni e le province gli articoli 87, 140, 286 e 290 del testo unico n. 383 del 1934; per le camere di commercio l'art. 60 del regio decreto n. 2011 del 1934; la sentenza della Cassazione, 20 novembre 1959, n. 3429; in genere: gli articoli 1 e 10 della legge 9 giugno 1947, n. 530, con richiamo alle forme stabilite per i contratti dello Stato), ovvero sono ispirate ai medesimi criteri.

3. - L'EVENTUALE ESTENSIONE DELL'INDAGINE.

L'esame analitico delle norme relative a tutti i settori della pubblica Amministrazione consente di accertare caso per caso limiti alla concorrenza: tale indagine, dovrebbe comprendere altresì anche l'esame dei capitolati che gli enti pubblici minori predispongono per l'assunzione dei lavori e delle forniture ed implicherebbe lo svolgimento di un'indagine sul contenuto degli inviti relativi alla partecipazione alle gare.

CAPITOLO IV

I SISTEMI ADOTTATI DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER LA RICERCA DEL PRIVATO CONTRAENTE

1. - CONSIDERAZIONI GENERALI.

I sistemi adottati dalle pubbliche Amministrazioni per la ricerca del contraente privato sono sostanzialmente i medesimi.

A lato degli istituti espressamente indicati dalle norme primarie, sono stati introdotti sistemi di ricerca che trovano riscontro nel concreto esercizio del potere di autorganizzazione spettante alla pubblica Amministrazione (v. gara esplorativa) o che, seppure previsti in norme primarie, hanno trovato in concreto la loro specifica disciplina, almeno per quanto attiene a particolarità relative alla scelta del contraente, in disposizioni meramente amministrative (es. gara ufficiosa).

Di tutti questi sistemi e specialmente dei particolari adattamenti che la prassi amministrativa ha inserito nella concreta disciplina occorre tenere particolare conto ai fini di accertare in quale misura viene attuata la concorrenza nel settore della contrattazione con la pubblica Amministrazione.

2. - LA SITUAZIONE DI CONCORRENZA.

I principi informativi della legislazione speciale in materia di disciplina della materia contrattuale (legge e regolamento di contabilità generale) tengono conto, fra l'altro, del raggiungimento di una concreta finalità di indubbio interesse pubblico, quale la realizzazione di una situazione in cui la partecipazione dei soggetti, fra i quali l'Amministrazione potrà eventualmente operare la scelta per la formazione del contratto da stipulare, possa svolgersi in una situazione in cui sia

assicurata la piena concorrenza, seppure intesa nel senso sopraprospettato (v. pag. 64).

Il legislatore ha ritenuto di poter realizzare tale situazione indicando come sistema « normale » di ricerca del contraente privato la forma del pubblico incanto o asta pubblica e per rendere più proficuo il sistema ha imposto (art. 66, regolamento di contabilità) l'obbligo di far luogo alla più ampia pubblicità dell'avviso d'asta, richiedendo un grado di pubblicità in misura crescente con riferimento al valore e all'importanza del contratto da stipulare.

Il sistema consente in astratto la possibilità di realizzare una situazione di massima concorrenza, salvo il caso in cui si determinino intese fra i partecipanti al fine di turbare il normale svolgimento della gara.

Peraltro, il sistema indicato è stato scarsamente seguito dall'Amministrazione, e cenno dell'abbandono del sistema può rinvenirsi già nella relazione del Consiglio di Stato per il quinquennio 1931-1935, e cioè con riferimento ad un periodo abbastanza vicino alla data della legge di contabilità (1924).

In tale relazione (vol. II, pag. 55) è espressamente affermato che l'abbandono del sistema dell'asta pubblica « si ricollega a ragioni di opportunità d'indole varia. Sotto un certo aspetto si deve riconoscere la convenienza di affidare le forniture a ditte sperimentate e di fiducia e di distribuire il lavoro sul territorio nazionale per ragioni politiche e sociali e per mantenere le fabbriche in efficienza. Sotto altro riflesso è da tenere conto che la concentrazione industriale ed i collegamenti aziendali — che sono la realtà in vari settori delle industrie — fanno sì che la libera concorrenza non eserciti sempre la benefica funzione che le fu propria in altri tempi. Questo Consiglio, pertanto, ha ritenuto che la tendenza attuale se, a rigore, non rientra compiutamente nel quadro della legge, ha una sua profonda ragione di essere e risponde alle esigenze della pubblica Amministrazione, così che non sarebbe né giusto né utile far prevalere concezioni astratte e formali sulle necessità reali ed obiettive dei tempi ».

A considerazioni analoghe perveniva qualche anno dopo una parte della dottrina (1) la quale, nel rilevare che l'art. 3 della legge di contabilità e l'art. 37 del relativo regolamento impongono all'Amministrazione come sistema normale l'adozione dell'asta pubblica, sottolineava, peraltro, il dubbio « se l'osservanza di tali disposizioni torni sempre a profitto degli interessi della pubblica Amministrazione ».

(1) L. FORTI: « Sulla formazione dei contratti dello Stato », in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1938, n. 3, pag. 11.

Tuttavia la stessa dottrina conveniva nel rilevare che « scopo principale dell'adozione di tale sistema nella formazione dei contratti dello Stato è stato quello di facilitare la libera concorrenza tra i vari possibili contraenti e di offrire quindi alla Amministrazione, come risultato della gara svolgentsi tra questi ultimi, delle condizioni più vantaggiose di quelle che l'Amministrazione stessa avrebbe potuto ottenere rivolgendosi direttamente a chi avesse ritenuto essere in grado di potere soddisfare alle sue richieste. Tanto più che in tal caso — e questo è stato senza dubbio un altro motivo che determinò il legislatore a fissare l'obbligo degli incanti — niente avrebbe potuto salvare il pubblico funzionario competente alla conclusione dei contratti dall'accusa di favoritismi da parte dei concorrenti rimasti delusi e della pubblica opinione in generale. Inutile dire d'altra parte che può benissimo capitare che per varie ragioni, p. es. accordo fra i concorrenti, gli scopi per cui fu fissata la norma dell'art. 3 siano frustrati. Come pure può accadere che alla migliore offerta dal punto di vista del prezzo non corrisponda poi la migliore qualità delle cose o delle opere prestate ».

3. - IL PUBBLICO INCANTO.

Le risultanze dell'indagine hanno confermato l'apprezzamento a suo tempo manifestato dalla dottrina e dallo stesso Consiglio di Stato, nel senso di ritenere ormai superata la forma dell'asta pubblica come sistema normale di ricerca del contraente privato (v. contro: nota senza data, Prefettura di Bergamo).

Salvo che per far luogo alle alienazioni di beni da parte della stessa Amministrazione (ed anche in questa ipotesi possono manifestarsi gli inconvenienti di cui si dirà), l'asta pubblica viene difficilmente adottata nella prassi amministrativa.

Quasi unanimemente è stato posto in rilievo che il sistema dell'asta pubblica non consente all'Amministrazione di operare una previa selezione al fine di consentire la partecipazione alla gara solo a quei soggetti ritenuti dalla stessa Amministrazione in grado di eseguire l'opera o di assumere il servizio.

Il difetto di tale preselezione può determinare anche effetti negativi sull'esito normale della licitazione, dato che può consentire anche a soggetti non del tutto provveduti di conseguire l'aggiudicazione, salvo l'esercizio della discrezionale facoltà da parte dell'Amministrazione di non far luogo all'approvazione dell'aggiudicazione per ragioni di convenienza amministrativa.

E' stata, inoltre, particolarmente sottolineata la possibilità di formazione di intese fra i partecipanti e fra questi e i soggetti che si astengono dal partecipare.

Il difetto della previa conoscenza da parte dell'Amministrazione dei possibili soggetti partecipanti impedisce di considerare tempestivamente quale situazione potrà verificarsi in sede di gara, in relazione a possibili intese da realizzarsi ai fini di alterare l'andamento normale della licitazione.

In particolare, per quanto attiene ai sistemi indicati dalla legge per tenere l'asta (art. 73, regolamento di contabilità) è stato più volte considerato, e non soltanto dalla dottrina (2) ma anche dalla stessa Amministrazione statale (3), che l'adozione della « scheda segreta » dà luogo ad inconvenienti ed abusi.

E' stato, infatti, rilevato che si verifica spesso una perfetta coincidenza fra l'offerta e il prezzo indicato nella scheda segreta predisposta dall'Amministrazione, e la misura di siffatta coincidenza si manifesta talvolta perfino quanto alla indicazione dei millesimi (4).

La rilevazione di tale situazione, non del tutto infrequente, ha indotto il ministero dell'interno a suggerire agli enti locali l'abbandono del sistema indicato, il quale non si è dimostrato idoneo a garantire la libertà degli incanti.

Ulteriore rilievo negativo nei riguardi del sistema del pubblico incanto attiene al tipo di procedimento previsto dalla norma.

Gli adempimenti cui la legge condiziona la legittimità dello svolgimento della gara si manifestano particolarmente numerosi e complessi, il che incide sul tempo occorrente per espletare la stessa gara.

Ora, in un'economia informata a criteri di particolare dinamicità, in cui la trattazione degli affari è condotta in modo notevolmente rapido, l'adozione di una procedura appesantita dai numerosi adempimenti a carico dell'Amministrazione e degli stessi partecipanti importa, anzitutto, che fra il momento della presentazione dell'offerta e quello dell'aggiudicazione o addirittura dell'approvazione del contratto trascorra un notevole lasso di tempo.

Di questo tempo i partecipanti devono tener conto in sede di formulazione delle offerte, dato che la loro volontà rimane vincolata fino al

(2) V. PERSIA: « Luci e ombre della " scheda segreta " », in *Amm. it.*, 1958, pag. 657.

(3) V. circ. Ministero dell'interno 10 dicembre 1945, n. 166600 - 15 - 5, cit. in PERSIA, loc. cit.

(4) V. PERSIA, *op. cit.*

momento in cui l'Amministrazione avrà proceduto all'aggiudicazione ovvero alla dichiarazione di non aggiudicazione.

E, invero, la valutazione di questo elemento temporale importa l'inserimento nella formulazione dell'offerta di un dato che può alterare il normale gioco competitivo della presentazione delle offerte da parte di ciascun partecipante alla gara.

4. - LA LICITAZIONE PRIVATA.

Le critiche mosse al sistema dell'asta pubblica e le esperienze particolari della pubblica Amministrazione in genere, hanno indotto gli amministratori pubblici ad avvalersi degli altri sistemi indicati dalla legge e, a seconda dei casi e nei limiti in cui la norma lo consente, le pubbliche Amministrazioni hanno ormai sostituito al sistema dell'asta pubblica quello della licitazione privata, con utilizzazione in misura non esigua della stessa trattativa privata.

Vi è, anzitutto, un'osservazione preliminare da fare, e viene tratta dal contenuto della critica fondamentale rivolta all'asta pubblica.

Mediante la licitazione privata, l'Amministrazione sfugge all'inconveniente di doversi avvalere di imprese delle quali essa non ha saggiato la capacità e l'onestà in precedenti rapporti contrattuali; inoltre, è consentito di operare la scelta fra soggetti che possono avere in grado elevato la specializzazione occorrente per l'esecuzione della opera o l'assunzione del servizio; infine, è consentito alla stessa Amministrazione di accertare in via preventiva, seppure in limiti non del tutto sicuri, se fra i soggetti invitati sussistono o possono sussistere intese che incidano sul normale svolgimento della gara.

Rimane poi affidato ai particolari mezzi di informazione amministrativa di accertare se i soggetti invitati alla licitazione facciano parte di gruppi che operano in genere nel mercato avvalendosi di posizioni dominanti e indirizzando secondo proprie finalità l'attività produttiva di determinati settori.

Le modificazioni, quindi, del sistema economico e di mercato intervenute in questi ultimi anni, hanno inciso sul presupposto che il legislatore del 1865 (legge 20 marzo 1865, allegato A) e lo stesso legislatore del 1924 (legge di contabilità generale dello Stato) hanno tenuto presente in sede di codificazione del principio fondamentale in materia di contrattazione con la pubblica Amministrazione e cioè che quest'ultima debba avvalersi come regola del sistema del pubblico incanto, come strumento che favorisce, attraverso il libero gioco della concorrenza, il raggiungimento della soddisfazione del pubblico interesse.

Le risultanze dell'inchiesta hanno, invece, confermato che il sistema dell'asta pubblica, nei diversi metodi con i quali può essere espletato, anziché favorire il libero gioco della concorrenza consente e favorisce la formazione di intese e di turbative in sede di gara.

Così, gli enti pubblici hanno quasi unanimemente suggerito l'adozione in via normale del sistema della licitazione privata, seppure con particolari adattamenti quanto alle concrete formalità da osservarsi.

E' stato, peraltro, osservato che il concedere, specie agli enti pubblici minori, la facoltà di avvalersi della licitazione privata può presentare l'inconveniente di cristallizzare il numero delle ditte da invitare; fra le quali verrebbe, in ogni caso, a svolgersi l'attività competitiva, e con esclusione, magari, di altri soggetti i quali, pur presentando i requisiti di capacità necessari, non vengono invitati dagli uffici amministrativi.

A questo riguardo si pone una questione di limiti fra la risultante dell'apprezzamento discrezionale da parte della Amministrazione e la consapevole cura del pubblico interesse da parte degli amministratori, onde non è certamente agevole accertare caso per caso dove vi è semplice negligenza e dove non sussiste adeguata valutazione dello stesso pubblico interesse.

E, infatti, al fine di eliminare siffatta cristallizzazione alcuni enti procedono ad una sorta di rotazione nel provvedere all'invito delle ditte alla licitazione privata, cercando, in tal modo, di suscitare anche in soggetti diversi l'interesse a partecipare alla licitazione.

Dei due sistemi previsti dalla legge (art. 89, regolamento di contabilità) per procedere alla licitazione privata, la pratica utilizza, in genere, uno solo, e cioè quello in cui le offerte vengono inviate per iscritto sullo stesso schema di atto che l'Amministrazione ha in precedenza diramato. In tal modo, si evita, per quanto possibile, che si determinino intese fra i soggetti invitati a partecipare alla licitazione. Non altrettanto potrebbe dirsi ove si seguisse il sistema indicato egualmente dall'art. 89 del regolamento di contabilità e per il quale i soggetti sono invitati a comparire in luogo, giorno ed ora determinati per presentare le loro offerte: in tale ipotesi non può escludersi la conclusione di intese prima della presentazione delle offerte.

5. - UNA PARTICOLARE FORMA DI LICITAZIONE PRIVATA.

La Regione siciliana, con la legge regionale 18 luglio 1961, n. 10, recante norme in materia di appalti di opere pubbliche, ha introdotto una particolare innovazione nella disciplina dell'istituto della licitazione privata.

L'art. 4 della legge regionale consente a qualsiasi ditta iscritta all'albo regionale degli appaltatori di intervenire alla gara per licitazione privata indetta e per la quale si è provveduto a dare un particolare grado di pubblicità.

L'unica condizione posta è che la ditta non invitata sia iscritta nell'albo regionale per l'importo e la specializzazione corrispondenti ai lavori cui la licitazione si riferisce.

Il sistema adottato dalla Regione siciliana, il quale non trova riscontro nella legislazione statale, si sostanzia in una forma mista di ricerca del contraente privato, nel senso che agli elementi della licitazione privata unisce quelli dell'asta pubblica.

Se da un canto la possibilità di intervenire offerta a tutte le ditte iscritte nell'albo regionale, ma non invitate, costituisce una misura che tende ad impedire le collusioni fra i partecipanti; va tuttavia considerato che, nel sistema, non si riscontra il pregio della licitazione privata secondo il quale l'Amministrazione, in base alla preselezione, si assicura un esito della gara in sufficienti margini di convenienza.

Del resto può egualmente osservarsi che la possibilità dell'inserimento di un soggetto diverso da quelli invitati dall'Amministrazione ben può determinare turbamento al normale svolgimento della gara, nel senso che esso può utilmente accordarsi con i soggetti invitati sia con altri estranei all'invito e determinare, così, un esito della licitazione non secondo il normale svolgimento della stessa licitazione.

Per essere il sistema introdotto solo da pochi mesi non è dato stabilire, con sufficiente certezza, se esso corrisponde alle aspettative che la Regione si ripromette.

Peraltro è stato rilevato (v. nota 17 marzo 1962, n. 694 della Camera di commercio di Palermo) che la recente legge regionale siciliana aggrava gli aspetti negativi della legislazione regionale in quanto consente alle ditte « di comodo » di intervenire nelle licitazioni private.

A questo riguardo la stessa Camera di commercio ha sottolineato l'opportunità di sottoporre a revisione la legge regionale 9 marzo 1953, n. 7, sull'albo regionale, nel senso di escludere da esso le ditte inattive o di comodo.

6. - LA TRATTATIVA PRIVATA.

Le risultanze dell'indagine non hanno posto in luce per questa particolare eccezionale forma di ricerca del contraente privato, aspetti negativi diversi da quelli già noti.

E' stato osservato, com'è evidente, che l'adozione di tale forma costituisce un limite alla libera concorrenza e che non offre sicure garanzie dovendosi l'Amministrazione affidare completamente alla diligenza e alla probità dei suoi dipendenti ai quali spetta di operare la scelta, da eseguire non necessariamente dopo avere interpellato una molteplicità di soggetti (art. 92, regolamento di contabilità).

Potendosi, infatti, procedere a trattativa, seppure nei casi previsti dalla legge, con l'affidare direttamente ad un dato soggetto l'esecuzione dell'opera o l'assunzione del servizio, la responsabilità della scelta del soggetto contraente rimane interamente affidata all'organo amministrativo competente, seppure sulla base dei pareri degli organi consultivi e del successivo controllo da parte dei relativi organi.

Per alcuni tipi di contratto (specialmente quelli attinenti alla fornitura di beni protetti da brevetto) l'adozione della trattativa si manifesta come il sistema normale (e del resto tale caso è espressamente previsto dalla legge) per il che il limite non deriva dall'adozione della forma di ricerca, ma dalla relazione in cui il bene si trova rispetto al titolare del brevetto.

7. - L'APPALTO CONCORSO.

Anche per questa particolare forma di ricerca non sono stati segnalati elementi che inducano a particolari osservazioni.

L'adozione di tale forma è in funzione di un apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione in riferimento al tipo di lavoro e di fornitura: in genere, si tratta di lavori di un dato impegno tecnico-finanziario o di forniture che richiedono l'uso di impianti di particolare complessità.

E' evidente che l'appalto concorso presuppone una previa selezione da parte dell'Amministrazione, la quale è libera di sollecitare alla partecipazione i soggetti che ritiene in grado di apprestare, sul progetto di massima elaborato dalla stessa Amministrazione, un progetto definito che, dal punto di vista tecnico ed economico, si manifesti il più conveniente per il pubblico interesse.

In questa ipotesi, la partecipazione è ovviamente limitata solo a quei soggetti che si trovano a possedere una particolare attrezzatura e, anzitutto, che siano in grado di affrontare l'alea della partecipazione per l'incidenza del costo della predisposizione del progetto richiesto.

Sotto questo riguardo il Magistrato alle acque (v. nota 20 marzo 1962, n. 500) ha sottolineato che nell'appalto concorso l'aggiudicazione

avviene troppo spesso in situazione di monopolio, essendo limitato il numero delle imprese, per il che l'appalto concorso dovrebbe essere riservato solo alle opere più importanti per il loro valore artistico-architettonico e sotto l'aspetto tecnico.

8. - LA GARA UFFICIOSA.

La gara ufficiosa trova fondamento in due circolari del Ministero dei lavori pubblici (23 settembre 1938, n. 11875 e 25 gennaio 1939, n. 1085).

Con la circolare 23 settembre 1938, n. 11875 (5) è stato prescritto che, tranne i casi di urgenza o quelli nei quali ricorressero speciali circostanze, i lavori di cui trattasi dovevano essere normalmente affidati mediante cottimo fiduciario, previa, però, gara ufficiosa da esperirsi tra un congruo numero di imprese idonee.

La suddetta circolare ha precisato inoltre che la gara veniva denominata ufficiosa per la mancanza di assistenza di un ufficiale rogante e cioè un funzionario investito di pubbliche funzioni notarili avvertendo però che, per il resto, non poteva non essere assimilata a quella ufficiale e che pertanto il relativo procedimento doveva conformarsi alle disposizioni dell'art. 89 e di quelli in esso richiamati dal regolamento sulla contabilità generale dello Stato e con le modalità di cui al regio decreto 20 dicembre 1937, n. 2339, recante modifiche al regolamento stesso.

Con la successiva circolare del 25 gennaio 1939, n. 1085, il Ministero dei lavori pubblici allo scopo di fornire ulteriori chiarimenti sull'accollo dei lavori autorizzati in economia precisò che le offerte alle gare ufficioshe dovevano essere stese su carta bollata perché contengono una manifestazione di volontà avente valore impegnativo.

Ulteriori disposizioni vennero emanate nei riguardi dell'accollo di tali lavori con la circolare 29 novembre 1944, n. 841 (6).

Secondo le norme in essa contenute il capo dell'ufficio, dopo avere aperto le offerte alla presenza dei concorrenti, doveva procedere, sempre alla presenza dei concorrenti, al calcolo della media aritmetica dei ribassi offerti dai vari concorrenti alla gara e dichiarare l'aggiudicazione a favore dell'impresa, la quale con la sua offerta di ribasso si fosse avvicinata di più alla media come sopra stabilita.

(5) Pubblicata in *Bollettino Ufficiale* del Ministero dei lavori pubblici n. 29 dell'11 ottobre 1938, n. 1839, e riportata in VARANESE: *Circolari e istruzioni ministeriali sulle opere pubbliche*, Milano, 1955, pag. 393.

(6) Pubblicata in *Bollettino Ufficiale* del Ministero dei lavori pubblici, n. 1 del 1° gennaio 1945, pag. 122.

L'introduzione di tale nuovo criterio di aggiudicazione era determinato dal presupposto che un ribasso molto elevato rivelava scarsa serietà da parte dell'impresa offerente.

Tuttavia anche questo nuovo criterio per l'aggiudicazione non risultò, date le condizioni del mercato dei materiali, conveniente per la Amministrazione.

La circolare 21 marzo 1945, n. 1428, dispose infatti che l'aggiudicazione dei lavori a seguito delle gare ufficiose doveva essere dichiarata a favore dell'impresa che avesse offerto il maggior ribasso come era stato praticato prima dell'emanazione della citata circolare 29 novembre 1944, n. 841.

Ma anche il criterio fissato dalla circolare 23 settembre 1938, n. 11875, abrogato, come è stato detto, dalla circolare 29 novembre 1944, n. 841, e ripristinato, come si è visto, dalla circolare 21 marzo 1945, n. 1428, subì una modifica con la circolare 16 febbraio 1949, n. 2842 (7) con cui venne prescritto che per le gare riservate ai soli enti cooperativi doveva seguirsi, giusta la facoltà concessa dalla legge all'Amministrazione, il sistema della scheda segreta del massimo e del minimo poiché tale sistema offriva le maggiori garanzie di riservatezza e di regolarità delle operazioni.

9. - LA GARA ESPLORATIVA.

La gara esplorativa, adottata con frequenza dalla Amministrazione militare, è un mezzo per acquisire elementi al fine di poter consentire all'Amministrazione di predisporre la gara ufficiale.

Si concreta nell'invito rivolto a determinate ditte al fine di conoscere se esse sarebbero in grado e a quali condizioni di assumere l'esecuzione di un'opera o di un servizio.

In genere, la gara esplorativa precede la licitazione privata o, nei casi consentiti, la stessa trattativa privata.

(7) Pubblicata in *Bollettino Ufficiale* del Ministero dei lavori pubblici, n. 2 del 1° maggio 1949, n. 65.

CAPITOLO V

LA SCELTA DEL PRIVATO CONTRAENTE

1. - GLI ALBI E GLI ELENCHI.

Il problema va posto con riferimento ai limiti che anche la stessa Amministrazione incontra nella scelta del futuro contraente.

E' stata avvertita da tempo l'esigenza di predisporre elenchi o albi nei quali potessero venir iscritti i soggetti fra i quali l'Amministrazione possa operare la scelta del futuro contraente, e ciò non solo per i sistemi della licitazione privata o dell'appalto concorso, ma anche per il sistema dell'asta pubblica le volte in cui nel bando la partecipazione venga limitata ai soli soggetti iscritti in un dato elenco o in un dato albo.

La iscrizione, quindi, funziona da condizione per la partecipazione alla gara, per modo che la stessa partecipazione si trova ad essere limitata.

In questa situazione si è ritenuto di poter rinvenire un limite alla libera concorrenza.

Non vi è dubbio che il limite impedisce la partecipazione alla gara dei non iscritti e, per converso, consente a coloro che sono iscritti di possedere una situazione di privilegio rispetto a coloro che non lo sono: ma tale circostanza non deve essere considerata un limite in senso tecnico alla libera concorrenza.

A questo riguardo, vanno richiamate le considerazioni, già formulate sul concetto di concorrenza nel settore della contrattazione con la pubblica Amministrazione (v. pag. 64); l'istituto della concorrenza deve essere considerato in funzione del principio che informa in genere tutta l'attività della pubblica Amministrazione e secondo il quale le è affidato in modo esclusivo l'apprezzamento del pubblico interesse per la

scelta dei mezzi che essa ritiene opportuni per il raggiungimento della soddisfazione dello stesso interesse pubblico.

Sotto questo aspetto il concetto di libera concorrenza, quale assunto in economia o nella stessa scienza giuridica, manifesta un contenuto diverso nel senso che l'attività del privato non può svolgersi in modo indiscriminato nei confronti della pubblica Amministrazione né questa può essere soggetta ai principi che nella contrattazione fra privati sono accolti dalla pratica o dalla stessa legislazione.

Ai fini dell'indagine, occorre, come già si è rilevato, tener conto necessariamente della indicata differenziazione, nel senso che mentre una data situazione nei rapporti privati verrebbe definita come limite alla libera concorrenza, la stessa situazione ove considerata con riguardo all'Amministrazione pubblica si manifesta invece come attuazione del mezzo prescelto dall'Amministrazione per la soddisfazione del pubblico interesse, per cui la situazione considerata diviene soltanto un modo di essere di manifestazione dell'attività amministrativa.

2. - L'ALBO NAZIONALE DEGLI APPALTATORI.

Tale particolare albo era disciplinato dalla legge 10 giugno 1937, n. 1139, modificata con legge 30 marzo 1942, n. 511.

L'art. 5 di tale legge prevedeva la costituzione presso il Ministero dei lavori pubblici di un comitato permanente centrale avente il compito di provvedere all'esame delle domande di iscrizione, alla revisione dei requisiti degli appaltatori già iscritti e di deliberare in merito alle ammissioni, sospensioni e cancellazioni.

Tale comitato non è stato ricostituito nel dopoguerra e pertanto l'Albo non ha subito ulteriori modifiche.

Tuttavia esso è stato sostituito da elenchi provvisori di fiducia istituiti presso il Ministero dei lavori pubblici - Ispettorato generale contratti e Albo nazionale degli appaltatori - e presso i singoli Provveditorati regionali alle opere pubbliche in virtù di circolari ministeriali (8).

3. - L'ALBO NAZIONALE DEI COSTRUTTORI.

A decorrere dal 17 marzo 1962 è entrata in vigore la legge 10 febbraio 1962, n. 57, che istituisce l'« Albo nazionale dei costruttori » ed a

(8) Vedasi circolari 9 gennaio 1949, n. 511; 24 maggio 1949, n. 7474; 19 novembre 1951, n. 9311; 30 luglio 1952; 22 marzo 1954, n. 1929; 18 agosto 1954, n. 4283; 22 agosto 1955, n. 2311; riportate in VARANESE, *Circolari ed istruzioni ministeriali sulle opere pubbliche*, Milano 1955, I Appendice, 1957 - II Appendice, 1959.

tale riguardo si fa richiamo alla circolare 2 aprile 1962, n. 2151, del Ministero dei lavori pubblici, qui di seguito riportata testualmente:

« La legge 10 febbraio 1962, n. 57, che istituisce l'Albo nazionale dei costruttori è entrata in vigore il 17 marzo u.s.

Saranno diramate al più presto istruzioni circa le modalità di attuazione.

Sembra opportuno, intanto, fornire qualche precisazione su alcuni punti della legge che richiedono l'immediata adozione di criteri uniformi da parte di tutti gli Uffici.

Art. 1. — Precisa che l'Albo nazionale degli appaltatori assume la denominazione di « Albo nazionale dei costruttori » ed è disciplinato dalle norme contenute nella legge in esame « che sostituiscono quelle contenute nella legge 30 marzo 1942, n. 511 ». Le disposizioni contenute nella legge n. 511 debbono pertanto intendersi abrogate.

Si fa riserva di impartire istruzioni per quanto riguarda alcuni aspetti procedurali considerati dalla legge n. 511 non disciplinati dalla nuova legge.

Art. 2. — Sancisce la obbligatorietà della iscrizione nell'Albo per tutte le imprese che eseguono lavori di un importo superiore a 10 milioni di lire, di competenza dello Stato, degli enti pubblici o anche di privati purché esista una forma di contribuzione finanziaria da parte dello Stato.

Restano escluse, perciò, dall'obbligo dell'iscrizione all'Albo soltanto le imprese che eseguono lavori di importo inferiore a 10 milioni. In relazione all'ultimo comma dell'articolo, si precisa che l'obbligatorietà dell'iscrizione per l'affidamento della esecuzione di impianti o lavori speciali non scorporati riguarda solo gli impianti e i lavori eccedenti i 10 milioni.

Art. 3. — Per quanto riguarda la documentazione da presentare per l'ammissione agli appalti dello Stato e degli enti pubblici, l'articolo stabilisce che essa ha luogo senza altre attestazioni oltre al certificato generale del casellario giudiziale per le persone indicate dagli articoli 13 e 15 della legge e, per le società commerciali, al certificato della cancelleria del tribunale di cui al 2° comma dell'articolo 15.

Su tale punto occorre chiarire che il certificato generale del casellario giudiziale deve essere di data non anteriore a tre mesi e per le imprese individuali va rilasciato per il titolare dell'impresa mentre, per le società commerciali, è necessario anche il direttore tecnico e

nei casi di società in accomandita semplice per tutti gli accomandatari; per le altre società oltre che per il direttore tecnico, il certificato deve essere esibito per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

Si ritiene opportuno precisare a questo punto che i certificati generati del casellario giudiziale debbono essere esibiti dalle imprese interessate. Le disposizioni di cui alla circolare n. 4345 del 14 settembre 1957 di questo Ministero sono abrogate per la parte che si riferisce a detti certificati. Le disposizioni del decreto presidenziale 2 agosto 1957, n. 678, riguardano, infatti (art. 1) « la produzione di atti e certificati agli organi della pubblica Amministrazione, per la emanazione di provvedimenti a richiesta o nell'interesse dei privati ». Tali circostanze non si verificano per l'ammissione di imprese a gara per l'appalto di lavori pubblici o di opere comunque eseguite col contributo dello Stato.

Art. 8. — In attesa della costituzione del comitato regionale sembra opportuno che i Provveditori facciano luogo subito alla costituzione della segreteria prevista al penultimo comma dell'articolo 8 per assicurare l'immediato e regolare inizio del lavoro connesso con la formazione dell'Albo.

Sono state già chieste le designazioni per la costituzione dei comitati regionali e di quello centrale che, pertanto, avrà luogo quanto prima.

Art. 10. — Saranno impartite a parte istruzioni per quanto riguarda l'eventuale istituzione di casellari o schedari presso i Provveditorati in collegamento con il casellario che, in base all'articolo in esame, dovrà essere istituito a cura del Comitato centrale.

Sarà intanto opportuno richiamare, nella lettera di incarico ai collaudatori, l'obbligo sancito per i collaudatori stessi dalla lettera a) dell'articolo di esprimere, con atto separato e riservato, il giudizio complessivo sulla condotta del lavoro da parte del costruttore.

Art. 12. — Dispone che per ottenere l'iscrizione nell'Albo i richiedenti debbono rivolgere domanda documentata al Comitato centrale, consegnandola, però, alla segreteria del Comitato regionale.

Ciò avviene perché l'istruzione preliminare delle domande di iscrizione di qualsiasi importo è di competenza di detto Comitato regionale.

Si sta provvedendo all'invio ai Provveditorati competenti per territorio delle domande di iscrizione erroneamente trasmesse a questo Ministero.

La documentazione occorrente per l'iscrizione deve essere prodotta, oltre che nell'originale in carta da bollo, anche in due copie in carta semplice affinché l'originale ed una copia siano trasmesse dopo la isti-

tuzione o la decisione, secondo l'importo, al Comitato centrale, mentre un'altra copia resterà presso il Comitato regionale.

La domanda di iscrizione deve essere redatta su carta da bollo di L. 200 ed indirizzata a « Ministero dei lavori pubblici - Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori » tramite la segreteria del Comitato regionale presso il Provveditorato alle OO.PP. di (territorialmente competente in relazione alla sede principale dell'impresa risultante dal certificato della Camera di commercio).

Nella domanda, oltre le generalità del richiedente, dovrà indicarsi la categoria o le categorie e l'importo per il quale l'iscrizione è richiesta nonché la denominazione degli istituti bancari presso i quali possono essere richieste direttamente idonee referenze.

Dovrà, inoltre, elencarsi tutta la documentazione che viene allegata a corredo della domanda.

Art. 14. — Sembra opportuno precisare che le dichiarazioni di privati relative a lavori eseguiti debbono essere rilasciate su carta legale da L. 300 con visto del Genio Civile e marca da bollo da L. 100.

Le certificazioni di lavori eseguiti rilasciate da uffici di amministrazioni statali dovranno, invece, essere redatte su carta da bollo da L. 100.

La dichiarazione relativa all'attrezzatura tecnica posseduta dovrà essere redatta su carta legale da L. 300.

Art. 15. — Poiché le disposizioni contenute in detto articolo fanno espresso riferimento alle società commerciali, cooperative e loro consorzi e precisano che le società sono tenute ad esibire copia autentica dell'atto costitutivo, non è ammessa l'iscrizione nell'Albo di società di fatto.

Sarà esaminato a parte il caso delle cooperative in relazione al funzionamento delle commissioni provinciali costituite presso gli uffici del Genio Civile per l'ammissibilità delle cooperative di lavoro negli elenchi delle imprese di fiducia.

Artt. 23 e 24 — L'articolo 23 dà la facoltà alle imprese già iscritte nell'Albo nazionale degli appaltatori, previa regolarizzazione dei pagamenti relativi alla tassa di concessione governativa di chiedere, entro il termine perentorio di 90 giorni, dalla data di entrata in vigore della legge, la iscrizione a titolo di conferma nel nuovo Albo.

La norma precisa che la domanda dovrà indicare per quali categorie di lavori e per quale importo di classifica si chiede la iscrizione ed ag-

giunge che la domanda stessa dovrà essere corredata di tutti i documenti e delle attestazioni dei requisiti di cui agli articoli 13, 14 e 15.

Alcuni Provveditorati hanno prospettato il quesito circa i criteri da seguire per la rivalutazione dell'importo di iscrizione tenuto conto che le iscrizioni all'Albo nazionale degli appaltatori rimontano ad un'epoca nella quale il valore della moneta era sensibilmente diverso da quello attuale.

In proposito si osserva che le imprese iscritte all'A.N.A.S. hanno provveduto per la maggior parte ad iscriversi negli elenchi delle ditte di fiducia anche allo scopo di adeguare l'iscrizione agli importi corrispondenti all'attuale potenzialità finanziaria della impresa.

Si possono ipotizzare cinque casi:

a) l'impresa già iscritta all'Albo è anche iscritta negli elenchi delle ditte di fiducia per un importo aggiornato ai lavori attuali. In tal caso l'impresa potrà avvalersi delle disposizioni dell'articolo 23 per chiedere la conferma dell'iscrizione richiamandosi a quelle dell'articolo 24 per quanto riguarda l'importo di tale iscrizione quale risulta dagli elenchi delle ditte di fiducia.

In una siffatta ipotesi, poiché l'art. 24 precisa che per tre anni l'ammissione agli appalti potrà continuare ad avere luogo in base alle norme ed ai criteri provvisori vigenti prima della emanazione della legge, le imprese che presentino entro 90 giorni tale domanda potranno continuare ad essere invitate alle gare per importo pari a quello per il quale sono iscritte negli elenchi delle ditte di fiducia finché non sarà adottato il provvedimento di conferma.

In sede di valutazione della documentazione per la iscrizione all'Albo dei costruttori sarà determinato definitivamente l'importo di iscrizione al nuovo Albo;

b) l'impresa è iscritta all'Albo e negli elenchi delle ditte di fiducia ma non ritiene di chiedere la conferma ai sensi dell'art. 23.

In tal caso l'impresa dovrà presentare istanza di nuova iscrizione;

c) l'impresa è iscritta nei soli elenchi delle ditte di fiducia e chiede l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori.

Potrà, in questo caso, essere ammessa alle gare in attesa della iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori in base alle norme dell'art. 24;

d) l'impresa già iscritta all'Albo nazionale degli appaltatori non è iscritta nell'elenco delle ditte di fiducia;

In tale ipotesi la ditta potrà chiedere l'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori e, durante il periodo decorrente tra la domanda di con-

ferma e la decisione circa la nuova iscrizione, potrà essere invitata soltanto a gare per lavori di importo corrispondente a quello per il quale l'impresa risultava iscritta nell'Albo nazionale degli appaltatori;

e) l'impresa non è iscritta nell'Albo degli appaltatori e neppure nell'elenco delle ditte di fiducia. In tale ipotesi le ditte interessate dovranno rivolgere istanza per l'iscrizione del nuovo Albo, corredandola di tutti i documenti richiesti e potranno partecipare alle gare solo quando la loro iscrizione sarà stata ammessa.

Fino a quando non sarà adottato dal comitato regionale o dal comitato centrale per l'Albo, nelle rispettive competenze, il provvedimento definitivo di iscrizione e per il periodo di tre anni dalla entrata in vigore della legge il Provveditorato alle OO. PP. territorialmente competente potrà provvedere a rilasciare alle imprese che risultino iscritte negli elenchi provvisori delle ditte di fiducia e che presentino istanza in bollo da L. 100, certificati anche questi su carta da bollo da L. 100; attestanti l'iscrizione nell'elenco regionale provvisorio e precisando che « l'impresa ha presentato in data istanza nei modi e nei termini prescritti dalla legge 10 febbraio 1962, n. 57, per l'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori. Tale domanda è in corso di istruttoria ».

Tali certificati potranno essere rilasciati finché l'impresa non abbia conseguito l'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori e comunque non oltre il periodo di tre anni dall'entrata in vigore della legge.

Il certificato in questione deve essere rilasciato dalla segreteria del comitato regionale per l'Albo.

Ad evitare che il tempo occorrente per la presentazione della complessa documentazione necessaria per l'iscrizione nell'Albo comporti difficoltà nello svolgimento di gare di prossimo esperimento, si dispone che per le imprese iscritte negli elenchi provvisori delle ditte di fiducia e nell'Albo nazionale degli appaltatori possa prescindersi dalla presentazione contemporanea dei documenti prescritti dagli articoli 13, 14 e 15 della legge e ciò in analogia al criterio adottato per la presentazione di domande di partecipazione a pubblici concorsi.

Resta inteso tuttavia che la documentazione suddetta dovrà essere prodotta al più presto possibile e comunque entro tre mesi dalla data della domanda di iscrizione.

Quanto detto innanzi va applicato anche per gli elenchi delle ditte di fiducia dell'A.N.A.S.

Si ritiene opportuno aggiungere che dal momento della entrata in vigore della legge 10 febbraio 1962, n. 57, è preclusa la iscrizione di nuove imprese negli elenchi delle ditte di fiducia ».

Le indicazioni contenute nella soprascritta circolare consentono di compiere una analisi abbastanza completa del nuovo strumento predisposto dal legislatore per le finalità più volte segnalate nel corso di questa esposizione: peraltro è da notare che già si manifestano le critiche (v. nota 31 marzo 1962, n. 1421/1 del Magistrato per il Po) specialmente per quanto attiene allo stesso sistema procedurale prescelto ritenuto « macchinoso » e quindi non rispondente al criterio di snellezza generalmente avvertito.

CAPITOLO VI

LE LIMITAZIONI ALLA CONCORRENZA NELLA CONTRATTAZIONE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. - CONSIDERAZIONI GENERALI.

Occorre anzitutto porre una distinzione: devono tenersi distinte le limitazioni alla concorrenza che subiscono i soggetti che hanno rapporti contrattuali con la pubblica Amministrazione, dalle limitazioni alla concorrenza che l'Amministrazione pubblica subisce nella contrattazione con i terzi.

La distinzione trova giustificazione nelle risultanze della inchiesta, le quali hanno posto in rilievo non solo il modo concreto in cui si atteggiavano gli istituti relativi alla materia contrattuale interessante la pubblica Amministrazione, ma, particolarmente, gli effetti che situazioni particolari determinano nella contrattazione con la pubblica Amministrazione, a seconda dei settori considerati.

2. - LE LIMITAZIONI CHE INCONTRA IL CONTRAENTE PRIVATO.

a) *La par condicio fra i partecipanti alla licitazione.*

La disciplina complessa della materia contrattuale interessante la pubblica Amministrazione ha come precipua finalità la soddisfazione del pubblico interesse e la legge ritiene che uno dei sistemi attraverso i quali l'interesse pubblico possa essere soddisfatto in questo particolare campo dell'Amministrazione pubblica si concreta nel predisporre situazioni nelle quali i soggetti che intendono contrarre con le pubbliche Amministrazioni vengono posti in posizione di uguaglianza.

Costituisce infatti principio fondamentale in materia di gare l'assicurazione della *par condicio* fra i concorrenti: la ragione è evidente,

in quanto la predeterminazione di una posizione di vantaggio a favore di uno dei partecipanti rende di per sé irrealizzabile il libero svolgimento della licitazione, assicurando al soggetto avvantaggiato una posizione di predominio durante il procedimento di gara.

La giurisprudenza ha avuto occasione (9) di esaminare il problema sotto un particolare aspetto, essendosi presentato il caso della partecipazione ad una gara di un'azienda di Stato (nella specie: G.R.A.) la quale, in quanto destinataria di particolari agevolazioni tributarie, avrebbe potuto, in astratto, essere in grado di formulare un'offerta migliore degli altri soggetti partecipanti alla stessa gara, ma non godenti di una identica favorevole situazione tributaria.

Il Consiglio di Stato ha escluso che, nella specie, fosse stato leso il principio della *par condicio*, considerando che « nei confronti dei soggetti concorrenti ad una licitazione o comunque ad una gara per l'aggiudicazione di appalti o forniture, deve essere indubbiamente fatto un identico trattamento, essi cioè devono essere tutti posti sul medesimo piano, in ordine alle condizioni per la partecipazione medesima e agli obblighi e ai diritti che ne possono derivare. Ma non può pretendersi che tali soggetti si trovino tutti nelle medesime condizioni anche dal punto di vista soggettivo; è, anzi, proprio la diversità di condizioni derivanti da situazioni eminentemente soggettive (maggiore o minore capacità, maggiore o minore organizzazione, maggiore o minore potenzialità finanziaria, ecc.) l'elemento grazie al quale la gara può concretamente svolgersi. Infatti, se esistesse una identità assoluta così nelle condizioni oggettive come in quelle soggettive, non sarebbe nemmeno possibile ottenere offerte differenti ».

Le considerazioni formulate dal Consiglio di Stato appaiono pienamente conformi all'interpretazione che, del sistema normativo disciplinante le varie forme di licitazione, occorre dare; ma pare egualmente evidente che ove la questione venga esaminata dal punto di vista della situazione particolare che in relazione proprio alla qualità del soggetto si determina, e cioè la possibilità per tale soggetto, che benefici di agevolazioni fiscali, di offrire un prezzo nella cui determinazione ha manifestato la sua incidenza l'indicata agevolazione tributaria, il soggetto si trova in una posizione subbiettiva di vantaggio rispetto agli altri partecipanti alla gara.

Se dal punto di vista giuridico non viene violata la *par condicio*, sussiste in fatto una situazione che può determinare un particolare favore

(9) Vedasi Consiglio di Stato, VI Sezione, 22 ottobre 1951, n. 502, *Foro italiano* 1952, II, 5.

per il soggetto beneficiario, che non deriva siffatto vantaggio da condizioni subbiettive, ma dallo stesso ordinamento giuridico, il quale ha concesso quella determinata agevolazione tributaria. In questo senso, può dirsi che la norma di esenzione determina un limite alla concorrenza nell'ambito di quella determinata gara.

Eguale è a dirsi per il caso in cui la stessa legge concede alla Amministrazione di limitare la partecipazione alle licitazioni a determinati soggetti, come previsto ad es. dall'art. 74, secondo comma, del regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278, che ha approvato il regolamento per la esecuzione delle leggi riguardanti la concessione di appalti a società cooperative di produzione e lavoro.

La norma, infatti, attribuisce all'Amministrazione appaltante la facoltà di limitare la licitazione a sole cooperative o a soli consorzi di cooperative.

Anche in questo caso, pur ritenendosi perfettamente legittima l'attribuzione della predetta facoltà, l'Amministrazione viene a porre un limite alla stessa partecipazione alle gare in relazione alla qualità subbiettiva di determinati soggetti (nella specie: cooperative o consorzi di cooperative).

Poiché il fine della gara è quello di consentire all'Amministrazione la scelta del contraente a seguito della libera competizione fra i soggetti partecipanti, ne consegue che, presupposto per la realizzazione di siffatta libera competizione, è che non partecipi alla gara chi abbia acquisito una posizione di vantaggio o di monopolio, determinandosi ovviamente in questa ipotesi una sostanziale modificazione dei termini della licitazione, la quale condurrebbe a risultati alterati rispetto a quelli che si intendono raggiungere.

In relazione a tale possibilità, è stata riconosciuta all'Amministrazione la facoltà di svolgere indagini rivolte ad accertare se uno dei soggetti partecipanti ad una gara abbia acquisito « una posizione di vantaggio o di monopolio, in contrasto con i presupposti della competizione » (10).

In quella occasione, il Consiglio di Stato ha qualificato come « ineccepibile » l'indagine rivolta ad accertare « se le condizioni, che la ditta ricorrente era riuscita ad ottenere da una società subfornitrice, la ponessero in una posizione di vantaggio tale, da togliere alla gara il carattere di leale competizione, che sarebbe venuto meno qualora una delle concorrenti fosse stata messa nella impossibilità, o in grave difficoltà di ottenere a condizioni possibili ed in tempo utile, quei macchinari

(10) Vedasi Consiglio di Stato, VI Sezione, 11 aprile 1956, n. 231.

che l'Amministrazione aveva prescritto tassativamente. Né vale asserire che ciascuna delle concorrenti era libera di assicurarsi vantaggiosamente le forniture necessarie, in quanto la gara cessa di essere tale, non soltanto quando vi si presenta un solo concorrente, ma anche quando in qualsivoglia maniera un concorrente riesca ad acquistare una siffatta posizione di vantaggio, o addirittura di monopolio, che contrasti con i presupposti di qualsiasi competizione. L'Amministrazione, perciò, ha voluto veder chiaro anche qui, e non le si può fare alcun rimarco.

Difatti, se (l'Amministrazione) avesse accertato che una concorrente si era messa in condizione più vantaggiosa delle altre, non per la sua migliore organizzazione o la più moderna attrezzatura che le consente di ridurre i costi, o per il maggior valore dei suoi tecnici, ma soltanto in forza di una clausola di favore, ottenuta da una subfornitrice, clausola capace di sovvertire la graduatoria dei valori, ed avesse deciso di tener conto di tale elemento, al fine di non procedere alla aggiudicazione, il comportamento non meriterebbe censura ».

b) *Le cause alteratrici della par condicio.*

E' evidente, quindi, che qualsiasi situazione in cui si determina una posizione di favore per uno dei partecipanti altera il sistema della gara.

La situazione può determinarsi sia per volontà della legge e sia per predisposizione degli organi amministrativi.

La prima ipotesi (della quale si è indicato un caso a proposito delle cooperative e dei consorzi) non è infrequente e costituisce il risultato di un dato tipo di politica legislativa.

Diversa incidenza, ma sempre in base al volere del legislatore, è il caso in cui sussista una riserva a favore di determinati soggetti per l'affidamento dell'esecuzione di opere, come ad esempio la riserva del quinto per le industrie del Mezzogiorno. Nell'ambito del quinto vi è addirittura posizione di esclusiva a danno degli altri settori.

La seconda ipotesi attiene al concreto esercizio della attività amministrativa, e può essere determinata o da situazioni contingenti ed ineliminabili ovvero da motivi illeciti.

E' da ricollegare a queste ipotesi quella in cui vengono invitate ad una gara imprese aventi differenti capacità produttive, per il che è agevole prevedere che le imprese meno dotate siano destinate a soccombere, onde la gara viene a svolgersi sostanzialmente con un numero troppo limitato, talvolta ridotto all'unità, delle imprese chiamate a concorrere.

Talvolta amministratori poco scrupolosi possono addirittura adottare un siffatto sistema per alterare a favore di una determinata impresa l'esito

della licitazione (v. nota della Prefettura Pavia, 14 febbraio 1962, numero 1/826), nota Camera di Commercio di Ravenna, 15 febbraio 1962, n. 978).

c) *Le forme di limitazioni.*

Sussiste, poi, un complesso di limitazioni manifestantesi in situazioni che attengono al modo concreto dello svolgimento dei sistemi di contrattazione.

aa) *La complessità della procedura.*

Anzitutto, la complessità della procedura prevista per i singoli sistemi.

A differenza che nella contrattazione fra privati, ove l'interesse delle parti a concludere il contratto può condurre a definire rapidamente nei suoi termini il rapporto che dal contratto potrà scaturire, la contrattazione con la pubblica Amministrazione implica l'adozione di una complessa serie di adempimenti i quali peraltro sono posti dalla legge a garanzia del pubblico interesse.

La complessità si manifesta sia nella fase della ricerca del contraente privato, sia in quella della stipulazione del negozio con il soggetto aggiudicatario.

Siffatta complessità, sulla quale non occorre soffermarsi ai fini dell'indagine, importa per il privato contraente il dover subire un ritardo, talvolta notevole prima dell'inizio della esecuzione dell'opera o del servizio, per cui già per questo solo fatto, possono contrattare con la pubblica Amministrazione solo quei soggetti per i quali il dover attendere non costituisce un danno, o quanto meno un danno irreparabile. Ed, infatti, di solito il contraente privato nella formulazione dell'offerta ha già tenuto conto dell'incidenza che il previsto ritardo comporta, per cui lo stesso contraente mira ad accollare alla stessa Amministrazione la conseguenza dell'esposizione di capitali (ad esempio per la cauzione) attraverso una adeguata maggiorazione del prezzo di aggiudicazione.

Per coloro, la cui potenzialità economica e produttiva non consente di eliminare siffatta incidenza, la contrattazione con la pubblica Amministrazione si rivela di difficile realizzazione, onde essi si astengono dal partecipare alle pubbliche gare.

Si determina, quindi, una situazione di maggiore concorrenza nella contrattazione con i privati (v. nota della Prefettura di Bergamo, senza data) dove sussiste maggiore sollecitudine nei rapporti contrattuali.

bb) *Il sistema dei pagamenti.*

Altra causa di limitazione alla partecipazione è costituita dal sistema dei pagamenti.

In genere, le imprese richiedono il sistema di pagamento a mezzo di stati di avanzamento, al fine di non sopportare interamente l'incidenza dell'esborso di denaro per il compimento della opera. Pertanto, nei casi in cui nel contratto è stabilito il sistema del pagamento differito, si determina necessariamente una selezione fra le stesse imprese, non potendo concorrere quelle che non sono in grado di affrontare l'ulteriore onere dell'esborso anticipato o del finanziamento per l'esecuzione dell'opera.

È stata posta in evidenza quale causa che determina un limite alla partecipazione alle gare indette dalla pubblica Amministrazione la misura eccessivamente elevata delle cauzioni, sia di quelle provvisorie sia di quelle definitive. Seppure ora è ammessa, in sostituzione della cauzione, la forma fidejussoria, anche per questo incumbente vi è una sensibile incidenza nell'economia del contratto.

cc) *I tempi occorrenti per l'aggiudicazione e l'inizio dell'esecuzione dell'opera.*

La complessità del procedimento incide anche sotto un ulteriore aspetto. Il notevole lasso di tempo che intercorre fra la predisposizione del progetto con il relativo finanziamento e il momento dell'aggiudicazione e poi dell'inizio della esecuzione dell'opera rende superate talvolta anche le più ottimistiche previsioni, per modo che i prezzi indicati dall'Amministrazione non si manifestano più congrui per un'adeguata esecuzione dell'opera. In tale situazione, le imprese non sono indotte a partecipare, preferendo, ove possibile, rivolgersi al settore privato (v. fra gli altri, nota della Provincia di Cremona, 20 marzo 1962, n. 1341).

dd) *Il grado di pubblicità degli inviti alle gare.*

Ulteriore causa non trascurabile è la scarsa pubblicità che viene data agli inviti alle gare, mentre una eccessiva concentrazione dei programmi costruttivi in determinati periodi dell'anno determina di fatto una meno estesa partecipazione alle gare (v. nota 16 febbraio 1962, n. 227, della Prefettura di Ancona).

ee) *Altre cause derivanti dall'azione amministrativa.*

Vi sono poi, effetti relativi a situazioni che sono determinate dalla stessa azione amministrativa.

Il frequente ricorso alla trattativa privata consente di attribuire a singole imprese situazioni di preferenza, e ciò sia nel caso in cui da parte

degli amministratori vi possa essere l'intento di favorire particolari soggetti, sia nel caso in cui la fiducia per l'esecuzione dell'opera a seguito della consuetudine dei rapporti contrattuali consenta agli stessi amministratori di formulare un giudizio favorevole per i successivi impegni contrattuali.

Anche l'esigenza di ripartire in più esercizi finanziari il costo della esecuzione di determinate opere, può costituire una causa remota di limitazione, ove le Amministrazioni si inducano a frazionare l'esecuzione dei lavori. Avviene, infatti, che dopo l'affidamento dei lavori ad una determinata impresa e ciò a seguito di gara, l'Amministrazione si induca ad affidare le ulteriori frazioni dei predetti lavori alla stessa ditta, avvalendosi dello strumento della trattativa privata.

ff) *Cause derivanti dalla legge.*

Vi sono anche situazioni che derivano direttamente dalla legge nel senso che viene posta a favore di determinati soggetti la riserva o l'esclusiva per partecipare a determinate gare o per ottenere l'affidamento di determinati contratti o concessioni.

La legge 7 dicembre 1936, n. 2081, limita il rilascio delle concessioni dei servizi marittimi solo a determinate imprese a partecipazione statale (v. nota del Ministero della Marina mercantile, 20 febbraio 1962, numero 568/USE).

gg) *L'attività illecita e l'indeterminatezza del progetto.*

A lato di situazioni che trovano rispondenza nella disciplina legislativa o che costituiscono mera conseguente applicazione delle norme o dei principi che la pubblica Amministrazione adotta nell'esercizio dell'azione amministrativa, sussistono una serie di attività illegittime o addirittura illecite, a seguito delle quali vengono poste in essere remore alla partecipazione alle gare.

Punto di partenza è la predisposizione del progetto dell'opera da eseguire, dato che quanto meno precise sono le linee del progetto tanto più agevole è il conseguimento di un risultato a favore di determinati soggetti partecipanti.

In genere, in questa ipotesi, proprio a causa della indeterminatezza del progetto si rende necessario provvedere durante lo svolgimento del rapporto contrattuale all'esecuzione della perizia suppletiva delle opere, le quali vengono ovviamente eseguite dalla impresa rimasta aggiudicataria sulla base del progetto incompleto.

Questo sistema può essere seguito, anche con la intenzione di agevolare una determinata impresa, nel senso che la predisposizione di un pro-

getto base in proporzioni modeste per una opera che si manifesterà di sensibile ampiezza « induce di solito le imprese più qualificate a disertare le gare relative » (v. nota della Prefettura di Messina 15 febbraio 1962, n. 1992/Gab) mentre gli importi delle perizie suppletive o di variante si manifestano « a volte superiori alla stessa perizia principale » (v. nota cit.).

Questa situazione è stata definita come quella del « contratto in marcia » (v. nota della Prefettura di Bologna 5 febbraio 1962, n. 871) e ritenuta come evento assolutamente da evitare (v. nota dell'I.C.A.P. di Firenze 24 marzo 1962, n. 2060).

hh) *L'iscrizione negli albi: insussistenza di limite.*

Un esame a parte merita la questione se la iscrizione negli albi (sia quelli nazionale e regionale degli appaltatori e dei costruttori, sia relativi ad attività diversa, ad es. quelli degli esattori delle imposte dirette o di consumo) costituisce un limite nella contrattazione con la pubblica Amministrazione.

Si è ritenuto (v. Consiglio di Stato, parere n. 54 del 31 gennaio 1957) che la iscrizione negli albi costituisce la risultante di un accertamento condotto dalla pubblica Amministrazione in ordine alla capacità tecnico-finanziaria dei singoli soggetti richiedenti, accertamento che, anziché essere condotto di volta in volta in riferimento ad ogni singola contrattazione, viene eseguito una volta per tutte con criteri uniformi, il che eviterebbe disparità di apprezzamento in relazione ai singoli interessanti.

Sotto questo aspetto, la iscrizione negli albi non viene considerata quale un limite alla contrattazione, sussistendo soltanto l'onere per i soggetti che intendono partecipare di richiedere la predetta iscrizione.

Come si è già rilevato, con la legge 10 febbraio 1962, n. 57, è stato istituito l'Albo nazionale dei costruttori, il quale viene a sostituirsi all'Albo nazionale degli appaltatori di opere pubbliche, già esistente presso il Ministero dei lavori pubblici ed istituito con la legge 30 marzo 1942, n. 511, ma che non aveva avuto pratica attuazione.

L'obbligatorietà della iscrizione (*rectius*: l'onere di iscrizione) è fissata per « chiunque esegua lavori di importo superiore a lire 10 milioni, di competenza dello Stato, degli Enti pubblici e di chi fruisca, per i lavori stessi, di un concorso, contributo o sussidio dello Stato ».

Viene posto, invece, un particolare obbligo a carico dell'esecutore dei lavori predetti il quale « debba provvedere alla esecuzione di impianti o lavori speciali » indicati nelle categorie di cui alla tabella allegata alla

legge ed eventualmente non scorporati: il predetto esecutore infatti « deve servirsi di ditte iscritte nell'Albo per le dette categorie ».

Come si è già osservato l'Albo costituisce uno strumento per il preventivo accertamento della idoneità tecnica, della capacità finanziaria e della entità della attrezzatura tecnica con riferimento ai costruttori che possono essere scelti come contraenti dallo Stato e dagli enti pubblici ovvero anche da soggetti diversi ma nei casi in cui l'esecuzione dei lavori sussiste l'interesse dello Stato in relazione al concorso, al contributo o al sussidio dello Stato medesimo.

3. LE LIMITAZIONI CHE INCONTRA LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

a) *Le intese.*

Il complesso delle limitazioni alla concorrenza che la pubblica Amministrazione incontra nel settore della contrattazione con i privati è dato in prevalenza dalle situazioni di mercato ed in particolare da quelle che vanno sotto il nome di intese e simili.

Le risultanze dell'indagine hanno posto in evidenza che il fenomeno delle intese si manifesta in modo diffuso e costante nelle varie forme di contrattazione.

Attraverso le indicazioni desunte dai rapporti redatti dagli uffici della pubblica Amministrazione (e cioè sia quella governativa sia quella locale) è consentito individuare anche il contenuto delle singole intese, nel senso che sussistono patti aventi ad oggetto la ripartizione fra le imprese delle « zone di influenza » (v. nota della Prefettura di Matera 14 febbraio 1962; nota della Prefettura di Pistoia 13 febbraio 1962, n. 2240; nota del Comune di Torino, senza data), ovvero accordi in relazione a singole gare al fine di determinare, in via preventiva, l'esito in relazione sia al soggetto cui dovrà essere aggiudicata l'esecuzione dell'opera o l'assunzione del servizio sia al prezzo di aggiudicazione (v. nota del Provveditorato opere pubbliche, 3 marzo 1962, n. 720; della Prefettura di Alessandria, 14 febbraio 1962; del Comune di Reggio Calabria, 27 gennaio 1962, n. 963).

L'intesa può presentarsi anche nella forma della preordinata astensione dal partecipare alla gara, al fine di costringere, poi, l'Amministrazione a ricorrere alla trattativa privata (nota della Prefettura di Reggio Calabria, 15 febbraio 1962, n. 1031).

In particolare, il Comune di Trieste (v. nota 13 febbraio 1962) ha segnalato con un pro-memoria sulle condizioni generali di mercato nel settore della fornitura dell'energia elettrica, la sussistenza di una si-

tuazione di monopolio della produzione dell'energia stessa da parte dei privati, a causa della appartenenza ai privati della rete di terminazione dell'energia. I comuni ai quali è affidato il compito di provvedere al servizio della illuminazione pubblica e della distribuzione dell'energia elettrica per usi domestici, subirebbero il monopolio dei privati. Peraltro, se i Comuni potessero usare le esistenti reti di trasporto dell'energia, essi, ad avviso del Comune di Trento, potrebbero attraverso le gare fra le imprese produttrici svincolarsi dall'imposizione dei contratti di fornitura da parte dei distributori.

Sullo stesso settore, il Comune di Venezia (v. nota 31 gennaio 1962, n. 2206) ha indicato la esistenza di forti complessi a carattere oligopolistico, per fronteggiare i quali lo stesso Comune ha proceduto alla municipalizzazione del servizio di distribuzione dell'illuminazione privata e pubblica. Analoghe considerazioni ha formulato il Comune di Fidenza (v. nota, senza data).

b) *L'attività delittuosa: la turbata libertà degli incanti e l'astensione dagli incanti.*

L'attività posta in essere può integrare gli estremi di ipotesi delittuose, espressamente previste dal codice penale.

Ed infatti sotto il capo riguardante i delitti dei privati contro la pubblica Amministrazione, il legislatore penale del 1930, a differenza di quello del 1889, ha posto due particolari figure criminose: la turbata libertà degli incanti (art. 353) e l'astensione dagli incanti (art. 354).

Il legislatore del 1889 aveva considerato una diversa oggettività giuridica, ponendo le indicate figure criminose come rivolte alla tutela di un diverso interesse pubblico e cioè quello connesso alla fede pubblica.

Nel codice vigente, invece, l'interesse tutelato si sostanzia in quello perseguito dalla pubblica Amministrazione a che gli incanti e le licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni vengano regolarmente svolti, attuandosi pienamente il libero giuoco delle offerte.

Nel contempo viene assicurata seppure in maniera mediata la protezione anche di interessi di diversa natura, quale la tutela della « libertà economica » (commerciale, in senso lato) a che si attui la normale concorrenza per il conseguimento del giusto prezzo dei beni, e quello privato di evitare i danni che possono provenire ai singoli (debitore espropriato, ecc.) dalla violata libertà delle gare (11).

(11) MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. V, ed. 1950, pag. 574.

Il Manzini (12) ha osservato al riguardo che « si tratta di delitti frequenti, e quasi sempre impuniti, dei quali la maggior parte di coloro che praticano codesto genere di « affari » (gente in siffatti rapporti assolutamente amorale, se non anche immorale) si vanta come di una invidiabile abilità o autorità professionale. Si può affermare, senza tema d'errare, che non v'è incanto o licitazione di qualche importanza, in cui non si commettano i fatti di cui si tratta. La lamentata impunità deriva soprattutto dalla difficoltà delle prove, e dal troppo timido uso che sogliono fare i giudici della loro libertà di convincimento. In parecchie città l'Autorità giudiziaria ha curato di circondare di speciali cautele le aste dei corpi di reato; anche gli incanti e le licitazioni di lavori pubblici sono cautelate mediante vari espedienti; ma la malizia degli interessati riesce non di rado a vincere ogni accorgimento della pubblica amministrazione ».

Appare interessante riprodurre il contenuto di una circolare emanata dal Capo del Governo dell'epoca alle Amministrazioni dello Stato (13) e riportata dal Manzini (14) e ciò al fine di sottolineare in quale misura anche all'epoca dell'emanazione della circolare si determinavano incidenze nello svolgimento delle gare indette dalle Amministrazioni statali da parte di « intese industriali preesistenti » le quali, come indica la stessa circolare, tendevano « ad una organizzazione di sforzi produttivi, mediante il coordinamento delle diverse attività ».

« Il Capo del Governo — è detto nella circolare — ha richiamato le Amministrazioni dello Stato sul rilevato inconveniente che spesso vengono presentate denunce contro ditte industriali per reati di turbativa libertà degli incanti o di astensione dai medesimi (art. 353 e 354 codice penale), per il semplice fatto che ad incanti per forniture od altro indetti dalle Amministrazioni statali stesse, si presenta un numero ristretto di concorrenti in conseguenza di intese industriali preesistenti. In proposito conviene tener presente che, specialmente negli ultimi anni, in Italia ed all'estero, si vanno sviluppando e diventano frequenti intese industriali, le quali, con diverse manifestazioni e modalità, tendono ad una organizzazione di sforzi produttivi, mediante il coordinamento delle diverse attività. Tali intese che, nelle loro linee generali, sembrano rispondere ad una esigenza dell'economia moderna, come mezzo per la così detta razionalizzazione della produzione, in quanto circoscrivano e coordinino

(12) MANZINI, *op. cit.*, pag. 575.

(13) Vedasi p. es. in *Bollettino Ufficiale* del Ministero delle finanze, Amministrazione autonoma dei monopoli, 31 gennaio 1932.

(14) MANZINI, *op. cit.*, pag. 583, nota n. 3.

il campo di attività produttiva delle varie imprese, portano necessariamente alla conseguenza che, se poi vengono indette aste pubbliche per determinate forniture e lavori, a dette aste concorrano soltanto quelle imprese nel cui campo di attività rientrano specificamente le forniture o i lavori e non già le altre le quali, in seguito alle intese, abbiano concordato la loro attività produttiva in campi diversi.

« Pertanto in proposito non si può ravvisare la esistenza dei reati previsti negli artt. 353 e 354 del codice penale, i quali presuppongono un'azione specificatamente diretta ad impedire il concorso al pubblico incanto, mentre qui si tratterebbe di intese rivolte a regolare e coordinare, in genere, l'attività produttiva delle aziende.

« Il reato sussisterebbe, invece, se l'accordo industriale avvenisse in vista di pubblici incanti determinati e mirasse specificamente a regolare il concorso delle varie imprese agli incanti medesimi ».

Le considerazioni manifestate dal Manzini hanno trovato conferma in un'indagine particolare che è stata eseguita presso le Procure Generali delle Corti di appello della Repubblica.

È stato espressamente richiesto « il numero e l'esito dei processi penali promossi negli ultimi dieci anni per i delitti di cui agli articoli 353 (turbata libertà degli incanti) e 354 del Codice penale (astensione dagli incanti), e di specificare per quali delle ipotesi delittuose previste nelle citate norme è stata iniziata l'azione penale ».

Dai dati raccolti, è risultato che nel decennio 1952-1961, è stata iniziata l'azione penale in cinquantuno casi per il delitto di cui all'art. 353 del Codice penale e in nove casi (dei quali alcuni sono gli stessi di cui al precedente reato) per il delitto di cui all'art. 354 dello stesso codice.

Le pronunce, quasi tutte divenute esecutive, sono state:

a) per il reato di cui all'art. 353 del Codice penale: in trenta casi è intervenuta sentenza di assoluzione (con varia formula terminativa), in cinque casi è stata applicata l'amnistia e in soli sette casi è stata emessa sentenza di condanna;

b) per il reato di cui all'art. 354 del Codice penale: in quattro casi è intervenuta sentenza di assoluzione (con varia formula terminativa), in un caso è stata applicata l'amnistia, mentre gli altri casi non sono stati decisi.

Ora se si considera l'enorme volume dell'attività di contrattazione che in tutti i campi della produzione è stata posta in essere e, specialmente, nel campo dell'edilizia, e se si tiene conto che quasi tutti gli uffici e gli enti pubblici interpellati hanno indicato come cause costanti

e ricorrenti di limitazione alla concorrenza l'astensione dagli incanti e le intese che, in varia forma, intervengono in relazione all'espletamento delle gare, apparirà chiaro che il numero (51) di processi promossi in dieci anni e definiti con 34 sentenze di assoluzione (sia pure per formule diverse) indica la estrema difficoltà di accertare l'esistenza di attività intese a turbare l'esito delle licitazioni o di intese rivolte a incidere sul normale svolgimento delle gare.

c) *Gli strumenti amministrativi diretti a garantire l'Amministrazione.*

aa) *L'Albo dei costruttori.*

La indicata situazione in cui si svolge l'attività contrattuale con la pubblica Amministrazione, situazione di cui gli organi amministrativi affermano di essere a perfetta cognizione, ha sollecitato i competenti uffici a predisporre misure rivolte a garantire, nei limiti in cui riesce possibile, uno svolgimento normale delle licitazioni.

A questo fine sono rivolti gli strumenti sia dell'Albo dei costruttori e degli altri soggetti fra i quali l'Amministrazione può operare la scelta nella ricerca del contraente privato, sia del sistema della media corretta per quanto riguarda l'esecuzione delle opere pubbliche.

Attraverso l'istituzione degli albi, l'Amministrazione intende garantirsi sulla capacità e sulla potenzialità economico finanziaria dei futuri contraenti, ma non può eliminare del tutto l'eventualità delle intese rivolte a turbare l'andamento della licitazione.

bb) *Il sistema della « media corretta ».*

Attraverso il sistema della media corretta, l'Amministrazione tendeva a rendere più difficile la possibilità delle intese preventive fra i partecipanti, dato l'intervento di un elemento puramente aritmetico nella determinazione del prezzo, cui far riferimento per l'aggiudicazione (15).

Senonchè, questo sistema della media corretta, proprio perchè alterava la risultante naturale della licitazione, è stato abbandonato (16), facendosi ritorno al sistema di cui all'art. 73, lettera c) del regolamento di contabilità e cioè il « mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta ».

(15) Vedasi circolare del Ministero dei lavori pubblici, 23 marzo 1956, 61-A-1, n. 2564.

(16) V. circolare del Ministero dei lavori pubblici 17 settembre 1957, n. 6752/61-A-1.

Recentemente è stato introdotto un ulteriore sistema del quale sarà detto più oltre (v. pag. 115) (17).

d) *Altre cause di limitazioni.*

Indipendentemente dagli indicati casi di limitazione i quali, peraltro, rientrano nel settore in cui va esercitata la potestà punitiva dello Stato, l'Amministrazione incontra limiti nella contrattazione a seconda dell'oggetto del contratto da stipulare e della posizione dell'altra parte contraente.

aa) E, anzitutto, evidente che quando l'Amministrazione deve approvvisionarsi di materiale o di un bene in genere per i quali vi è privativa industriale, non è possibile ricorrere alle forme di licitazione che presuppongono la pluralità dei partecipanti, onde la stessa Amministrazione, a meno che non si avvalga dei suoi poteri di imperio facendo luogo all'espropriazione del brevetto, deve necessariamente rifornirsi presso il solo soggetto che può liberamente disporre del bene o della produzione del bene stesso.

Questa situazione si verifica più di frequente nei settori interessanti la difesa militare o le costruzioni navali o in genere in tutti i casi in cui occorre l'impiego di materiali per i quali sussiste privativa.

È stato accertato, infatti, che nel settore di competenza della Marina militare varie ditte hanno assunto una « posizione di monopolio o quasi » e il tentativo operato dall'Amministrazione di « facilitare in tutti i modi il mantenimento in vita di ditte concorrenti a produzione militare » (v. nota del Ministero della difesa 23 febbraio 1962, n. 6715) non ha condotto a risultati durevoli nel tempo, dato che le ditte sono state assorbite dalla Finmeccanica.

La determinazione di siffatta posizione deriva anche dalla circostanza che per l'esecuzione di taluni lavori il « numero delle ditte attrezzate per la costruzione, numero che molto spesso si riduce all'unità, è in dipendenza dell'assai scarso numero delle commesse » e che « le ditte, o la ditta, pur se attrezzate, spesso non dimostrano alcun interesse a seguire i progressi della tecnica, oggi in rapida evoluzione » (v. nota del Ministero della difesa-marina 14 febbraio 1962).

(17) V. circolare n. 2667 in data 20 aprile 1962 del Ministero dei lavori pubblici ed anche, a pag. 116, per il riferimento alla decisione del 3 febbraio 1965, n. 125, della IV Sezione del Consiglio di Stato che ha ritenuto illegittimo il sistema della media corretta annullando l'indicata circolare n. 2667 del 20 aprile 1962 nonché la circolare n. 763 del 21 febbraio 1963,

bb) Come una delle cause più frequenti di limitazione è stata indicata la natura dell'opera o del servizio, cui va riconnessa anche la condizione della particolare attrezzatura delle imprese chiamate ad eseguire l'opera o ad assolvere il servizio (v. nota della Cassa per il Mezzogiorno 20 marzo 1962, n. 1/12195).

Se si considera, infatti, il settore delle forniture di materiali militari apparirà evidente che l'Amministrazione non può utilizzare che un ristrettissimo numero di fornitori i quali si siano specializzati nella produzione delle apparecchiature di interesse bellico, per la quale occorre in genere la predisposizione di impianti di produzione particolarmente costosi (v. la nota del Ministero della difesa 23 febbraio 1962, a pag. 5).

In tale situazione, alla speciale natura dell'opera, quale elemento che impone all'Amministrazione una preselezione peraltro informata a criteri tecnici ed economici particolarmente rigorosi, fa riscontro la speciale attrezzatura delle stesse ditte da invitare.

In genere poi, quanto più complessa e di vaste dimensioni è l'opera da eseguire (es. i grandi complessi edilizi o le opere d'arte stradali di rilevante entità) tanto più ristretto è il numero dei possibili partecipanti alla gara, dato che per l'esecuzione di tali opere occorrono finanziamenti di notevole portata e la prestazione di cauzioni di rilevante entità, cui soltanto poche imprese sono in grado di far fronte (v. nota dell'I.N.C.I.S. 15 febbraio 1962, n. 5207; nota cit. Ministero della difesa).

Nel settore dell'edilizia economica e popolare, è stata segnalata come causa di remora alla partecipazione alle gare il sistema di procedere all'affidamento dell'appalto anche per le opere accessorie (impianti, infissi, ecc.).

Si è ritenuto che, ove si potesse procedere in via normale all'aggiudicazione mediante lo scorporo delle predette opere, le ditte concorrebbero in numero maggiore (v. note dell'Istituto Case popolari di Arezzo; di Grosseto; di Massa Carrara; di Pistoia, nota 9 febbraio 1962).

In genere, per i grandi complessi di lavori l'adozione del sistema di lottizzazione potrebbe determinare una maggiore partecipazione delle imprese (v. nota del Magistrato alle Acque 20 marzo 1962, n. 507).

Senonché, la pubblica Amministrazione è orientata in genere verso il sistema del raggruppamento dei lavori e ciò sia per ragioni di economicità sia per difetto di un numero sufficiente di personale che svolga attività di vigilanza durante l'esecuzione dei lavori.

cc) Particolare attenzione merita il procedimento previsto per l'affidamento delle opere da eseguirsi con il contributo dello Stato e quelle a totale carico dello Stato.

L'Istituto Case popolari di Gorizia ha avuto modo di indicare i tempi tecnici occorrenti (v. nota 10 febbraio 1962, n. 228) per provvedere all'esecuzione delle opere nei due casi considerati, ponendo in rilievo le medie dei ribassi da parte delle imprese a seconda del tipo di finanziamento che assiste l'esecuzione della singola opera.

Sulla base dei dati acquisiti del predetto Istituto è agevole rilevare che le imprese partecipano in maggior misura agli appalti per i quali il procedimento è più sollecito e, quindi, occorre meno tempo per conseguire i pagamenti e che la misura dei ribassi tiene conto anche del tempo in cui l'impresa rimarrà finanziariamente esposta in relazione al determinato tipo di appalto.

L'Istituto ha dimostrato che, applicando il sistema procedurale più sollecito e tenuto conto del numero e dei tipi di appalto eseguiti dal 1952 al 1960, si sarebbe potuta realizzare la costruzione di un maggior numero di alloggi (nella misura del 18 per cento) con le stesse somme impiegate.

CAPITOLO VII

I SISTEMI DA ADOTTARE DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER L'ACCERTAMENTO DEI LIMITI ALLA CONCORRENZA NELLA SUA ATTIVITA CONTRATTUALE

Gli uffici interpellati hanno indicato per l'accertamento dei limiti alla concorrenza nella contrattazione con la pubblica Amministrazione i seguenti sistemi:

a) accertamento delle componenti economico-sociali del fenomeno. La Prefettura di Verona (nota 12 febbraio 1962, n. 304) nell'indicare che la limitazione in genere nella contrattazione con la pubblica Amministrazione è da ricollegare a varie componenti economico-sociali, individua queste ultime nei « criteri che presiedono alla funzione del credito; livello del reddito, nell'accumulo contemporaneo sul mercato di offerte di esecuzione di lavori da parte dell'iniziativa privata e di quella pubblica; nella emigrazione della mano d'opera specializzata e correlativa insufficienza numerica di detta mano d'opera per il fabbisogno locale, nell'accentuazione della pressione salariale in misura eccedente il limite consentito nelle clausole di stile dei contratti di appalto »;

b) accertamento dei casi in cui le Amministrazioni hanno adottato il sistema della trattativa privata e per quali motivi (v. nota della Prefettura di Reggio Calabria 15 febbraio 1962, n. 1031);

c) accertamento in ordine alla variabilità dei costi delle opere in relazione ai costi indice dei materiali e della mano d'opera (v. nota della Prefettura di Ancona 16 febbraio 1962, n. 227);

d) esame statistico circa la frequenza di intervento alle aste pubbliche e alle licitazioni private tenendo conto degli inviti diramati (v. nota della Prefettura di Caserta 20 febbraio 1962, n. 850; nota del Ministero della difesa 23 febbraio 1962, pag. 28);

e) studio dello svolgimento delle gare, da eseguirsi col sistema del « campione » (v. nota dell'A.N.C.E. 13 febbraio 1962, n. 701/C.6/Stat.);

f) accertamento delle sfere di attività delle diverse imprese; delle zone nelle quali si svolgono le attività conseguenti ad aggiudicazioni; dei possibili e prevedibili collegamenti di interessi fra le diverse imprese partecipanti alla stessa gara; (v. nota del Comune di Roma 13 febbraio 1962);

g) accertamento del numero degli inviti alla gara e verifica dei prezzi « che debbono risultare determinati da analisi in base ai prezzi correnti di mercato e non ai prezzi di concorrenza » (v. nota della Camera di Commercio di Ravenna 15 febbraio 1962, n. 978);

h) indagini comparative di costi fra le opere eseguite dall'Amministrazione e quelle compiute dai privati, ove sussistano le necessarie analogie (v. nota della Camera di Commercio di Savona 15 febbraio 1962, n. 9);

i) indagini comparative fra esecuzioni di opere realizzate sulla base di sistemi di aggiudicazione e di finanziamento diversi (v. nota della Provincia di Arezzo 3 febbraio 1962, n. 526-5-1);

l) procedere all'appalto di lavori identici con metodi diversi di uno stesso sistema: licitazione privata con massimo ribasso e medie compensate (v. nota dell'I.A.C.P. di Potenza 15 febbraio 1962, n. 1629; nota dell'I.A.C.P. di Foggia 14 febbraio 1962, n. 5881);

m) accertamento sulla remuneratività dei prezzi (v. nota dell'I.A.C.P. di Matera 13 febbraio 1962, n. 1616);

n) nel settore di costruzione e di propulsione navale; raccolta di dati sulle quotazioni praticate dalle industrie ai committenti privati nazionali ed esteri; confronto della affluenza ad una gara con l'affluenza a gare precedenti, confronto dei prezzi in gare successive, analisi dei prezzi (v. nota del Ministero difesa-marina 14 febbraio 1962);

o) in genere, controlli ispettivi sugli atti del procedimento di gara e sull'esecuzione del contratto.

CAPITOLO VIII

LA RIMOZIONE DEI LIMITI ALLA CONCORRENZA NEI RISULTATI DELL'INDAGINE

1. - CONSIDERAZIONI GENERALI.

Gli elementi acquisiti in sede di indagine non si concretano soltanto in dati dai quali è possibile individuare se ed in quale misura sussistono limiti nella contrattazione con la pubblica Amministrazione, precisando al riguardo in che cosa questi limiti si sostanziano, ma anche in dichiarazioni sia a contenuto positivo sia a contenuto negativo dei soggetti destinatari dei questionari in riferimento allo specifico quesito circa la sussistenza di limiti nella materia *de qua*.

L'insieme dei dati reperiti consente di individuare, seppure sulla base dei soli elementi acquisiti, le varie cause che fungono da limiti nelle contrattazioni con la pubblica Amministrazione.

È stata accertata senza dubbio di sorta l'esistenza di pratiche fra i soggetti che sono soliti contrattare con la pubblica Amministrazione sia al fine di ripartire le zone di influenza sia con finalità più immediate in riferimento a singole gare.

La prova dell'esistenza di tale attività si desume non tanto dal contenuto dei procedimenti penali promossi in quest'ultimo decennio, dato che il numero di essi si manifesta troppo esiguo in riferimento alla molteplicità dell'attività di contrattazione non solo delle Amministrazioni statali ma di tutte le altre amministrazioni regionali e degli enti pubblici minori, quanto dal risultato delle singole gare, con riferimento alla esperienza degli uffici contratto interpellati, i quali hanno ammesso quasi unanimemente, la esistenza di intese che si manifestano sia attraverso il contenuto della licitazione sia mediante il sistema della preordinata astensione dalle gare.

Ecco perchè la prova della sussistenza delle pratiche fra i soggetti interessati alla contrattazione con la pubblica Amministrazione deriva in maggior misura dalla esperienza degli stessi uffici contratto più che da specifici ma sporadici casi (v. numero processi penali) in cui la prova predetta è stata, ma faticosamente, raggiunta in giudizio.

Accanto a questa diffusa causa di limitazione, sussiste quella che in vario modo si riconnette sia alla legislazione sia al modo di applicazione delle norme e cioè alla cosiddetta prassi amministrativa.

È stato accertato che alcune disposizioni (v. retro pag. 95 e segg.) si prestano a introdurre limiti alla contrattazione in quanto favoriscono le intese fra i partecipanti, ovvero, consentono di avvalersi dell'opera di funzionari infedeli, i quali possono favorire alcuni concorrenti quanto all'esito della licitazione.

Inoltre l'attuazione concreta delle disposizioni disciplinanti sia il procedimento della gara sia la formazione del contratto da stipulare con l'Amministrazione introduce in pratica una serie di remore e di difficoltà le quali si manifestano come limiti alla più ampia partecipazione alla stessa contrattazione.

I vari casi che la pratica indica sono stati posti in evidenza, particolarmente dagli organi di controllo degli enti locali, dai singoli destinatari dei questionari, comprese le associazioni dei costruttori.

A lato di questi limiti, vi sono quelli comuni al campo della concorrenza, e cioè le posizioni dominanti derivanti dalla specializzazione dell'impresa o dalla titolarità di un brevetto o dalla particolarità del bene da produrre o del servizio da assumere per i quali l'elemento della specializzazione della impresa funge da condizione per l'assunzione dell'esecuzione dell'opera o del servizio.

2. - LE MISURE DIRETTE A RIMUOVERE I LIMITI.

a) *Varie situazioni.*

I soggetti interpellati hanno in vario modo indicato le misure che a loro avviso potrebbero essere adottate dalla pubblica Amministrazione per rimuovere i limiti accertati o per attenuare le conseguenze che i limiti predetti determinano nel settore della contrattazione con la pubblica Amministrazione.

Rimane sempre fermo, peraltro, il principio che le considerazioni formulate dai soggetti richiesti non concernono quei settori della contrattazione con la pubblica Amministrazione (ad esempio l'armamento militare) in cui intervengono fattori del tutto particolari, e in cui l'in-

leresse della Amministrazione non è tanto in funzione di ricercare una situazione di concorrenza, ma di raggiungere il pubblico interesse attraverso il mezzo che, in quel dato momento, si è ritenuto più conveniente scegliere.

I suggerimenti indicati per eliminare in tutto o in parte gli effetti delle intese vanno da quelli che consistono in un mero richiamo alle norme di buona amministrazione (v. nota della Prefettura di Alessandria 14 febbraio 1962) ad indicazioni più particolareggiate con riferimento allo stesso meccanismo predisposto dalla legge per la ricerca e la scelta del contraente privato.

È stata avvertita quasi unanimemente l'esigenza di conferire alla indizione delle gare la maggiore pubblicità possibile (v. fra l'altro: nota del Comune di Bergamo 13 febbraio 1962; della Prefettura di Ragusa 12 febbraio 1962, n. 573; della Camera di Commercio di Venezia 22 febbraio 1962, n. 1587; nota dell'A.N.C.E. 13 febbraio 1962, n. 701/C.6./Stat.) il che consentirebbe, ovviamente, la possibilità di una più larga partecipazione (v. per l'istituzione di un *Bollettino*: nota della Prefettura di Ragusa 12 febbraio 1962, n. 573; dell'I.A.C.P. di Firenze 24 marzo 1962, n. 2060).

Sempre al fine di evitare la formazione di intese qualche ente (v. nota della Camera di Commercio di Rieti 8 febbraio 1962, n. 647; del Comune di Rieti 30 gennaio 1962, n. 1392; della Provincia di Rieti 16 gennaio 1962, n. 1624) ha ravvisato la opportunità che venga tenuto segreto « l'elenco delle ditte invitate alla gara e che queste ultime facciano pervenire le offerte in piego sigillato, per raccomandata, non oltre il giorno precedente quello fissato per la gara » onde « evitare la possibilità di incontro dei concorrenti prima della gara » (v. anche nota del Provveditorato alle opere pubbliche per la Toscana 13 febbraio 1962, n. 0621/PRP).

Quale remora alle astensioni determinate per alterare l'esito delle gare, è stato proposto da molti enti l'applicazione della sanzione dell'esclusione da gare future per le imprese che non si siano presentate senza giustificato motivo (v. nota della Regione Valle d'Aosta, senza data, n. 1454/4; della Prefettura di Caserta 22 marzo 1962, n. 17590).

Al fine, poi, di evitare che la pubblica Amministrazione, adottando spesso la forma della trattativa privata, venga, con ciò stesso, a creare situazioni di favore per talune imprese, è stato suggerito di imporre l'obbligo per le Amministrazioni di indicare negli atti deliberativi le imprese che siano state officiosamente interpellate ai sensi dell'art. 92 del Regolamento di contabilità, « con gli elementi di fatto e di giudizio

che hanno determinato la scelta, nonché di pubblicare, alla fine di ciascun anno, l'elenco delle persone e delle ditte con le quali, durante l'anno, sono stati stipulati contratti per opere pubbliche, prestazioni di servizio e forniture, con l'indicazione della procedura di aggiudicazione seguita e di coloro che hanno effettivamente dato esecuzione a tali contratti » (v. nota del Ministero dell'interno - direzione generale amministrazione civile, 17 febbraio 1962).

Per quanto attiene, poi, alla critica in ordine ai procedimenti disciplinati dalla legge, è stata rilevata l'opportunità di evitare l'esperimento di miglioria, in quanto, con tale sistema, si favorisce, in pratica, la realizzazione delle intese fra i partecipanti alla gara (v. nota del Ministero della difesa 23 febbraio 1962; v. invece favorevole all'esperimento di miglioria la nota della Prefettura di Roma 10 marzo 1962, n. 2691; e della Prefettura di Viterbo 14 febbraio 1962, n. 495).

b) *Il fenomeno dei ribassi eccessivi.*

L'indagine ha esteso i limiti anche ai sistemi adottati o da adottare per evitare la formazione di intese in sede di determinazione del prezzo di gara e per evitare che il noto sistema dei ribassi eccessivi possa alterare l'esito normale della gara.

La questione si pone nel caso in cui l'Amministrazione procede con il metodo delle offerte segrete di cui all'art. 73, lett. b), del regolamento di contabilità, e cioè « per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo massimo o minimo prestabilito e indicato in una scheda segreta dell'Amministrazione », ovvero di cui alla lettera c) dello stesso articolo e cioè per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta ».

La previsione normativa comporta l'adozione del metodo del massimo ribasso, il che ha dato luogo al fenomeno dei ribassi eccessivi.

L'impresa, o il gruppo di imprese interessate, possono determinarsi ad offrire un ribasso tale da essere difficilmente superabile, e così ottenere l'aggiudicazione dei lavori o della fornitura.

Peraltro, lo stesso regolamento di contabilità consente all'Amministrazione (art. 76, ultimo comma) di « prefissare il limite di aumento o di ribasso che le offerte non devono oltrepassare. In tal caso il limite suddetto sarà indicato in una scheda segreta sigillata da deporsi ed aprirsi con le modalità di cui al precedente articolo, e dopo l'apertura saranno eliminate dalla gara le offerte che abbiano oltrepassato il limite segnato sulla scheda ».

Il problema di contenere gli effetti del fenomeno dei ribassi eccessivi è stato considerato con particolare attenzione non solo dall'Amministrazione dei lavori pubblici, dalle categorie dei costruttori, ma particolarmente dallo stesso Parlamento.

Un diffuso esame della situazione è stato condotto dalla IX Commissione della Camera dei Deputati in occasione della presentazione del disegno di legge sullo stato di previsione della spesa del Ministero dei lavori pubblici per l'esercizio finanziario 1958-59.

In particolare, il sistema normale del ribasso massimo o della gara a ribasso libero, mentre apparentemente sollecita le imprese ad una licitazione informata ai criteri di libera concorrenza al fine di poter conseguire il prezzo meno elevato, in pratica favorisce il determinarsi della situazione sopraconsiderata, in cui la impresa o il gruppo di imprese interessate si inducono alla formulazione di offerte basate, non sulla risultante di un'analisi attenta ed informata alla situazione soggettiva dell'offerente, ma rivolta soltanto a conseguire comunque l'aggiudicazione.

Di fronte a tale situazione non può fundamentalmente ritenersi che la risultante della gara sia da ricollegare al libero gioco delle offerte, ma va ovviamente riferita alla predeterminata volontà di uno o di più concorrenti di acquisire per intanto il provvedimento amministrativo di aggiudicazione più che l'affidamento dell'esecuzione dell'opera o dell'assunzione del servizio.

Di contro a tale situazione, vi è quella dell'Amministrazione alla quale interessa, senza dubbio ancor più della stessa impresa aggiudicataria, che quest'ultima possa conseguire dall'esecuzione dell'opera o dall'assunzione del servizio un « equo guadagno », realizzando così una situazione contrattuale che ponga al riparo da eventi patologici lo stesso adempimento delle obbligazioni assunte dall'aggiudicatario.

Appare, quindi, chiaro che il sistema del massimo ribasso non realizza di fatto tale finalità, che, anzi, pone in essere il presupposto per la determinazione di situazioni le quali, scaturenti da un anormale gioco della concorrenza, finiscono per determinare grave danno anche alla stessa Amministrazione.

È, del pari, evidente che il sollecitare le offerte in funzione del ribasso massimo pone di per sé un limite alla stessa concorrenza delle imprese secondo i criteri di un sano apprezzamento degli elementi formativi delle offerte in relazione anche alla situazione del mercato.

Così, si è cercato di temperare il sistema del massimo ribasso o del ribasso libero ricorrendo a vari correttivi.

Anzitutto, si è adottato il sistema di fissare il ribasso massimo consentito e cioè si è data applicazione alla stessa previsione normativa in cui all'ultimo comma dell'articolo 76 del regolamento di contabilità.

È evidente, peraltro, che gli organi amministrativi nel prefissare il limite massimo di ribasso sono indotti a indicare una misura quanto più elevata possibile e ciò al fine di non impedire che offerte a prezzo inferiore possano rimanere escluse e così impedire all'Amministrazione di avvantaggiarsi di situazioni subbietive degli offerenti.

Così operando, e nei limiti in cui concretamente viene fissato in misura quanto più possibile elevata il ribasso massimo consentito, si può determinare, e in realtà si verifica, lo stesso fenomeno delle gare a ribasso libero o a massimo ribasso, dato che, anche nella previsione più ottimistica, il limite imposto dall'Amministrazione non potrebbe essere mai raggiunto e, tanto meno, superato.

Se, quindi, l'imposizione del limite di ribasso massimo potrebbe tutelare gli interessi dell'Amministrazione consentendo che la licitazione si svolga secondo i principi della concorrenza informata a principi di correttezza commerciale e industriale, in pratica siffatto limite difficilmente opera, per modo che la situazione non è sostanzialmente dissimile da quella in precedenza considerata (gara a massimo ribasso o a ribasso libero).

Sono stati applicati anche sistemi che introducono per la fissazione del minimo o del massimo ribasso elementi estranei alla concreta determinazione amministrativa, quale risultante dall'apprezzamento delle situazioni di mercato in relazione alla natura dell'opera o del servizio da eseguire.

Anzitutto, il sistema della media normale.

Il limite, anziché essere predeterminato dall'Amministrazione, risulta dalla media delle offerte presentate, per modo che l'aggiudicazione viene disposta a favore dell'impresa che abbia presentato un'offerta per eccesso o per difetto quanto più vicina alla media delle offerte presentate.

Altro sistema è quello della media compensata, in cui la media aritmetica delle offerte viene mediata con il limite massimo di ribasso risultante dalla scheda segreta dell'Amministrazione.

Infine, sistema analogo è quello della media corretta, in cui alla media aritmetica delle offerte si aggiunge un coefficiente di maggiorazione risultante dalla scheda segreta dell'Amministrazione (v. pag. 102).

Questi tre ultimi sistemi sono in funzione dell'entità della partecipazione dei concorrenti dato che l'elemento della media delle offerte

o costituisce da solo il limite cui vanno rapportate le singole offerte ovvero viene considerato con altro elemento correttivo per la predetta determinazione del limite.

Sotto questo aspetto man mano che la partecipazione alla gara si manifesta in misura maggiore tanto più rimane affidata alla sorte la determinazione del limite cui le singole offerte devono riferirsi.

Ecco perchè l'Amministrazione dei lavori pubblici, che, con la circolare 23 marzo 1956, n. 2564/6:A-1, aveva esteso il metodo della media corretta anche alla licitazione privata (il metodo era stato introdotto con la circolare 6 dicembre 1955, n. 6855/61-A-1, per l'accollo dei lavori autorizzati in economia), con la successiva circolare del 17 settembre 1957, n. 6752/61-A-1, dispose l'applicazione del sistema indicato dall'art. 73, lett. c), del regolamento di contabilità (cioè il sistema delle offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato dall'Amministrazione), salvo il correttivo fissato nell'ultimo comma dell'art. 76 dello stesso regolamento e cioè la fissazione del limite di aumento o di ribasso.

L'inconveniente dell'applicazione del sistema della media è stato sottolineato anche dalle associazioni della categoria dei costruttori, le quali hanno rilevato che « in queste gare raramente le amministrazioni appaltanti riescono a beneficiare della situazione offerta dalle gare libere, intese, naturalmente, come aperte e lecite competizioni fra imprese in possesso di legittimi *atouts*. Queste imprese, nell'impossibilità di far valere le loro particolari e lecite situazioni sono costrette ad accrescere a loro favore la possibilità « fortunata » di un'aggiudicazione dei lavori desiderati, con un incremento macroscopico della loro partecipazione alle gare: ciò comporta un accrescimento forzoso di organizzazioni e di attività con conseguente dispendio di mezzi e di incidenza di spese che non potranno non influire sui costi e sugli utili di produzione. Va da sé che gli inconvenienti sopradescritti, per questi tipi di gare, si ridurranno quanto più il loro meccanismo sarà tale che, eliminate le offerte eccessive, determinino la polarizzazione della sorte sulle offerte abbastanza elevate per corrispondere agli interessi delle amministrazioni appaltanti, ma non oltre i limiti consentiti dalla valorizzazione delle possibilità e situazioni imprenditoriali e corrette. Un sistema del genere, riducendo il carattere di « sorte » delle gare, aumenta parallelamente la possibilità per le offerte più favorevoli alle amministrazioni, senza deflettere dai termini di una sana competizione » (v. nota dell'A.N.C.E. 13 febbraio 1962, n. 701/C.6/Stat., all. 1).

L'Amministrazione dei lavori pubblici ha ritenuto di riesaminare a mezzo di apposita commissione tutte le procedure per l'aggiudicazione dei lavori e per quanto riguarda il sistema di aggiudicazione ha ritenuto di fissare per le gare di importo superiore ai 30 milioni, ed in via sperimentale, un particolare sistema (che è quello della cosiddetta media corretta) (v. circolare n. 2667 del 20 aprile 1962), mentre per le altre gare di importo inferiore al predetto limite e per le gare ufficiose viene adottato il sistema della « scheda segreta di massimo ribasso ».

Per quanto riguarda il nuovo sistema da adottare in esecuzione dell'indicata circolare ed in applicazione dell'art. 89 del regolamento di contabilità 23 maggio 1924, n. 824, e con le modalità di cui all'art. 73, lett. b), e dell'art. 75, 4° comma dello stesso regolamento, il Ministero dei lavori pubblici ha disposto che per ogni gara da esperire da parte degli organi preposti (Direzione generale affari generali e personale, Provveditoriali alle opere pubbliche, uffici del Genio Civile, Direzione generale A.N.A.S.) siano nominati, subito dopo la diramazione degli inviti, due funzionari, i quali dovranno esaminare con la massima attenzione gli elaborati tecnici ed amministrativi inerenti all'appalto ed esperire, ove occorra, presso enti economici ed associazioni professionali le opportune indagini e le necessarie consultazioni al fine di poter desumere da tutti gli elementi raccolti quale possa essere, al momento della gara, il prevedibile costo dei lavori.

Dopo scaduto il termine per la ricezione delle offerte, il giorno della gara, prima dell'inizio della medesima, i detti funzionari provvederanno, ciascuno per proprio conto, ad indicare per iscritto il ribasso minimo da essi ritenuto adeguato e l'indice di maggiorazione, consegnando, ognuno per suo conto, le rispettive schede in busta chiusa e sigillata all'ufficiale delegato a formare le schede segrete dell'Amministrazione.

Quest'ultimo, esaminati gli indici, determinerà il limite unico del ribasso minimo e l'indice di maggiorazione che verranno riportati nelle schede segrete della Amministrazione. Tali schede chiuse in separate buste sigillate, sul cui frontespizio è indicato il tipo di scheda contenuta, saranno consegnate alla autorità che dovrà presiedere la gara.

Questa, lette tutte le offerte di ribasso regolari ai fini della documentazione, prende cognizione dell'indice stabilito nella scheda di ribasso minimo e procede alla esclusione delle offerte inferiori a tale ribasso. Indi esegue il calcolo della media delle offerte valide e procede all'apertura della seconda busta contenente l'indice di maggiorazione; aggiunge alla media delle offerte l'indice predetto aggiudicando l'appalto all'offerente che si sarà maggiormente avvicinato per difetto a tale risultanza.

Gli indici contenuti nelle due schede non vanno palesati.

La gara sarà valida anche in caso di una sola offerta.

Nelle norme per le licitazioni private dovrà essere chiaramente indicata la irricevibilità di offerte in aumento.

Senonché a tale riguardo è da tener presente che il sistema della cosiddetta media corretta di cui alle circolari 20 aprile 1962, n. 2667 (citata a pag. 103) e 21 febbraio 1963, n. 763, del Ministero dei lavori pubblici, esaminato dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (IV Sezione - 3 febbraio 1965, n. 125) è stato ritenuto illegittimo in quanto in contrasto con l'art. 76 del regolamento di contabilità generale dello Stato e con lo stesso interesse pubblico di aggiudicare l'esecuzione dell'opera al partecipante alla gara che abbia offerto il prezzo più basso.

Inoltre, è stato rilevato che con tale sistema si affida sostanzialmente agli stessi partecipanti la valutazione del pubblico interesse laddove si determina il prezzo sulla base della media delle offerte formulate, seppure con l'introduzione del correttivo, fissato, peraltro, in tempo antecedente e fuori da una concreta valutazione degli elementi obiettivi cui l'azione amministrativa deve informarsi.

Nella citata decisione si è in particolare osservato che il sistema è stato adottato da tempo dal Ministero dei lavori pubblici « per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla presentazione di offerte di ribassi non rispondenti alla natura dei lavori, ai prezzi del progetto ed alla situazione di mercato, sul presupposto che quando i ribassi raggiungono certi limiti non possono più considerarsi come rispondenti all'offerta più vantaggiosa, in quanto questa espressione deve essere intesa non in senso puramente aritmetico, bensì in quello di garantire all'Amministrazione la migliore esecuzione del lavoro al prezzo più basso. Ben presto abbandonato a causa degli inconvenienti cui aveva dato luogo (circolare n. 6752 del 17 dicembre 1957) tale sistema è stato poi ripristinato a riesteso a tutti gli appalti dell'Amministrazione dei lavori pubblici per lavori di importo superiore ai dieci milioni di lire, con le circolari 20 aprile 1962, n. 2667 e 21 febbraio 1963, n. 763.

« Il relativo procedimento comporta, com'è ben noto, la predisposizione, da parte dell'Amministrazione dei lavori pubblici, di due distinte schede segrete, la prima delle quali contiene l'indicazione del ribasso minimo che i concorrenti devono offrire per essere ammessi alla gara e che viene reso noto dopo l'apertura della gara stessa e prima di quelle contenenti le singole offerte, mentre nella seconda viene prefissata la maggioranza che va, poi, aggiunta alla media delle offerte valide e che nelle intenzioni delle Amministrazioni, dovrebbe assolvere una funzione

di " moderatore dei ribassi " e di " elemento moralizzatore ". L'appalto viene, quindi, aggiudicato non al concorrente che abbia presentato l'offerta migliore, bensì a quello la cui offerta si avvicini per difetto alla media dei ribassi superiori al limite minimo indicato nella prima scheda, integrata dalla maggioranza predeterminata con le modalità anzi indicate. Codesto sistema non rientra ovviamente tra quelli tradizionali, previsti dal regolamento sulla contabilità generale dello Stato e dalle norme che specificatamente disciplinano l'appalto delle opere da eseguire per conto del Ministero dei lavori pubblici. La stessa Amministrazione non sembra avere dubbi in proposito come sta del resto a comprovare la circolare n. 9987 del 25 maggio 1956 relativa all'appalto dei lavori finanziati dalla Cassa del Mezzogiorno, ed alla quale si fa qui riferimento a puro titolo indicativo ed esemplificativo.

« Ne consegue che l'esito della presente controversia, concentrata com'è su un'unica questione dipende esclusivamente dalla possibilità di inquadrare il sistema della media corretta nella normativa vigente, dal grado cioè in cui tale metodo, benché non esplicitamente previsto, possa considerarsi compatibile con le disposizioni dirette a disciplinare le varie fasi del procedimento, attraverso il quale l'Amministrazione deve procedere all'aggiudicazione dei lavori che formano oggetto delle singole gare.

« Richiamato l'art. 89 del regolamento di contabilità il quale estende alle licitazioni private le norme che regolano i pubblici incanti (articoli 67, 68, 69, 72, 75 e 76) nessun dubbio può quindi sussistere circa l'obbligo della Amministrazione di uniformarsi, anche nelle licitazioni private, al disposto dell'art. 76 e di aggiudicare, in conseguenza, i singoli appalti all'impresa che abbia richiesto un minor prezzo per l'esecuzione dell'opera.

« La cosiddetta media corretta non solo risulta in aperto contrasto con questo tassativo precetto, ma per di più rompe la unitarietà del sistema vigente, proprio nel punto o momento fondamentale, nella fase cioè che culmina nella scelta del privato contraente.

« Il metodo della media corretta viene, infatti, ad incidere unicamente su quelle gare cui sono ammesse le sole imprese delle quali l'Amministrazione abbia preliminarmente accertato la serietà commerciale e la capacità tecnica, non già in via astratta, bensì con riferimento agli specifici lavori che intende eseguire ed instaura, quindi una differenziazione tra i diversi sistemi, attraverso i quali, essa può procedere alla scelta del privato contraente, che non ha alcuna giustificazione logica e non trova alcun fondamento né nella legge né nella natura e nelle concrete esigenze che ciascuno di detti istituti è destinato a soddisfare.

« Si rileva, in secondo luogo, che, per l'articolo 61 del regolamento di contabilità generale dello Stato, ogni Amministrazione deve tenere in evidenza, in apposito elenco, i prezzi unitari degli oggetti e delle materie, che essa sia tenuta a procurarsi per i propri servizi per mezzo di appalto o di economia; tale elenco deve essere aggiornato con la periodica richiesta di informazioni agli uffici tecnici e con la consultazione di mercuriali e bollettini e deve servire di norma « nella formazione dei capitoli per i pubblici incanti o licitazioni e nelle trattative private o per l'esecuzione delle occorrenti forniture ad economia ». La compilazione dei progetti per le opere che debbono essere eseguite per conto del Ministero dei lavori pubblici è, poi, specificatamente disciplinata dal decreto ministeriale 28 maggio 1895 e dal decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 15 luglio 1947, n. 763, che prescrivono tra l'altro la determinazione delle varie categorie di lavoro e relative quantità necessarie per il compimento dell'opera, l'analisi dei prezzi unitari, ecc.

« È sulla base di codesti elementi che l'Amministrazione deve determinare il prezzo dell'opera sul quale si apre poi la gara e, quando l'asta avvenga con il sistema delle offerte segrete, anche il limite di ribasso che deve essere offerto per poter procedere all'aggiudicazione e quello massimo che non deve essere oltrepassato.

« Nel fissare i limiti, massimo e minimo delle offerte di ribasso che ritenga di prendere in considerazione, l'Amministrazione è tenuta quindi ad operare su quegli stessi elementi che ha già assunto a base della determinazione del prezzo dell'opera, tenendo inoltre conto di tutte quelle condizioni e situazioni che possono influire sui tempi tecnici di esecuzione dei lavori e sul relativo costo quali, ad esempio, la diversa consistenza e il diverso grado di efficienza delle attrezzature tecniche di cui dispongono le singole imprese che essa intende far partecipare alla gara, la loro possibilità di approvvigionamenti e di autofinanziamenti e così via.

« Si potrà discutere se codesto obbligo sia da considerare soddisfatto anche quando, anziché indicarli in cifra assoluta, l'Amministrazione faccia discendere detti limiti dall'applicazione di obiettivi ed univoci criteri di massima all'uopo predeterminati, ma non si potrebbe invero porre in dubbio che il sistema normativo vigente affidi compiti di siffatta natura esclusivamente alla responsabilità dell'Amministrazione stessa, che non può quindi sottrarsi ai doveri che ne derivano, devolvendo ad altri e per di più proprio ai partecipanti alle singole gare, quelle valutazioni che è tenuta ad effettuare direttamente nell'interesse pubblico che essa rappresenta, non meno che in quello delle private imprese che hanno concorso all'appalto.

« Con l'introduzione del sistema della media corretta, avviene, invece, che l'Amministrazione si spogli preventivamente e definitivamente della sua facoltà di determinare il limite massimo che per singole gare le offerte non debbano superare e, quel che più rileva, fa poi dipendere l'aggiudicazione da un elemento del tutto accidentale che non poggia su alcun obiettivo presupposto, bensì sulla semplice presunzione, non assistita o suffragata, peraltro, da alcun valido argomento, che l'offerta, che dia maggiore affidamento, sia quella che si avvicini maggiormente, per difetto, alla media dei ribassi offerti.

« Il criterio di assumere ad indice di massima convenienza proprio l'offerta che più si avvicini per difetto alla media dei ribassi proposti, risulta, peraltro, contraddetto, almeno in parte, dalla necessità, avvertita dalla stessa Amministrazione di correggere, poi, tale media, con l'inserimento di un coefficiente che dovrebbe operare come moderatore dei ribassi.

« Invano si cercherebbe di cogliere nelle citate circolari l'esatta funzione che dovrebbe assolvere codesto coefficiente di maggiorazione e che, determinato prima che sia nota la media delle offerte sulla quale deve operare, non può fondarsi su alcuna valutazione o criterio obiettivo.

« Quel che balza invece fin troppo chiaro ed evidente è che il sistema della media corretta espone l'Amministrazione al rischio, tutt'altro che teorico, di dover pagare un maggior prezzo per la esecuzione di un'opera che altro concorrente potrebbe offrire verso un corrispettivo minore come si è appunto verificato nel caso di specie.

« E' soprattutto questo ingiustificato aggravio di spesa, che l'introduzione del sistema della media corretta inevitabilmente comporta a carico del bilancio dello Stato, che induce il Collegio, a prescindere anche dalle altre osservazioni e considerazioni che si sono venute fin qui esponendo, a concludere per l'accoglimento del presente ricorso e ad annullare in conseguenza sia l'appalto contestato sia le circolari ministeriali che hanno reso possibile l'introduzione e l'applicazione del sistema della media corretta, in evidente ed insanabile contrasto con le norme vigenti e con le finalità di pubblico interesse che esse intendono perseguire ».

In considerazione di quanto sopra, con circolare telegrafica 27 febbraio 1965, n. 1799/Gi/A-1, il Ministero dei lavori pubblici ha emanato nuove disposizioni circa l'espletamento delle gare di licitazione privata e delle gare ufficiose.

« Avuto riguardo ad attuali condizioni mercato -- ha prescritto il suddetto Ministero -- et seguito recente decisione n. 125 quarta sezione

Consiglio Stato disponesi con effetto immediato abrogazione norme di cui at circolari 20 aprile 1962, n. 2667, 21 febbraio 1963, n. 763, et successive per quanto attiene at espletamento gare licitazione privata et gare ufficiose mediante sistema così detto media corretta *punto* Pertanto da data ricezione presente capi servizio Amministrazione centrale decentrata et periferica cureranno annullamento gare già disposte secondo detto sistema et non ancora effettuate, disponendo espletamento relative gare mediante rinnovate lettere invito, at termini abbreviati, con modalità indicate articoli 73 lettera c) et 76 regolamento contabilità generale Stato 23 maggio 1924, n. 827 et successive modificazioni *punto* Modalità medesime sino at nuova disposizione saranno da seguirsi per future gare di licitazione privata aut ufficiose per opere competenza questa Amministrazione, enti vigilati et enti locali fruanti contributo statale, comprese gare riservate at soli enti cooperativi *punto* Tanto per gare annullate et da reindirsi quanto per altre est consentito sensi ultimo comma cennato articolo 76 et articolo 5 R.D. 8 febbraio 1923 n. 422 et successive modificazioni prefissate limiti massimo et minimo ribasso aut massimo aumento per gare in cui sensi articolo 9 D.C.P.S. 6 dicembre 1947 n. 1501 est disposta accettazione offerte aumento *punto* Raccomandasi at particolare attenzione signori capi servizio opportunità disporre per singole gare et quando particolari motivi lo suggeriscano prefissazione cennati limiti, ovviamente precisandolo in relative lettere invito *punto* In lettere stesse saranno indicate sopraccennate disposizioni legge et regolamento et si avvertirà che aggiudicazione sarà effettuata at favore offerente massimo ribasso aut minimo aumento sempreché medesimi siano compresi in limiti prefissati Amministrazione ove così venga disposto, con riserva approvazione sensi legge et con avvertenza che resta ferma facoltà Amministrazione non approvare aggiudicazione aut contratto quando gara effettuasi sensi predetta norma D.C.P.S. n. 1501 *punto* Quando sia disposta prefissazione limiti anzidetti, limiti medesimi saranno determinati con procedura stabilita vigenti disposizioni, intendendosi che funzionari designati per esame progetto et ufficiale delegato formino unica scheda segreta contenente limiti ribasso aut aumento stabiliti *punto* ».

c) *La progettazione e l'esecuzione dei lavori.*

Un altro fattore perturbatore dell'ordinato svolgimento della contrattazione è il modo concreto di predisposizione dei progetti e di esecuzione dei lavori.

Non è dubbio, infatti, che quando più imprecise sono le linee del progetto relativo all'opera da costruire tanto meno vi è corrispondenza fra la previsione e il risultato concreto della contrattazione.

Come sarà indicato oltre (v. pag. 212) l'indagine ha posto in rilievo che la causa più frequente del divario fra il costo effettivo dell'opera e il prezzo di aggiudicazione è da ricercare nella esecuzione delle maggiori opere non previste al momento dell'aggiudicazione stessa.

Tale rilevazione pone in evidenza che il costante verificarsi di tale causa non può essere sempre riferito all'*id quod plerumque accidit* e cioè ai limiti in cui la normale previsione tecnica può operare, ma va ricollegato alla circostanza che i limiti di ciò che si richiede in sede di aggiudicazione non sono ben definiti, lasciando margini per una ulteriore indicazione dei termini dell'appalto.

Ora, è anzitutto evidente che nell'ipotesi in cui debba provvedersi all'esecuzione di nuovi lavori mediante la redazione di perizia suppletiva o di variante, si esorbita da quel piano di licitazione sul quale si è a suo tempo determinato il prezzo di aggiudicazione, per modo che i criteri di determinazione per l'esecuzione dei maggiori o nuovi lavori sono ovviamente diversi e non scaturenti dal sistema di licitazione adottato in concreto.

La situazione è stata considerata anche dalla Camera dei Deputati e precisamente dalla IX Commissione in sede di esame del disegno di legge sullo stato di previsione della spesa del Ministero dei lavori pubblici per l'esercizio finanziario 1958-59.

È troppo evidente che una non definita progettazione delle opere da eseguire consente l'ampliamento del fenomeno dei ribassi eccessivi, essendo chiara agli offerenti la possibilità di ottenere attraverso il sistema della perizia suppletiva di variante un adeguato ritocco al piano di previsione della spesa per l'esecuzione delle opere.

3. - LE MISURE DIRETTE A RIMUOVERE ALTRE FORME DI LIMITI.

È stata unanimemente considerata con particolare favore l'istituzione di albi dei costruttori e dei fornitori al fine di operare una preselezione di soggetti da invitare alle gare.

Questo sistema consente un controllo sui possibili futuri contraenti privati della pubblica Amministrazione; la quale può valutare in sede di indizione della gara la idoneità tecnica, la capacità finanziaria e la attrezzatura tecnica sulla base di precisi elementi dei quali è stata possibile l'acquisizione per i precedenti rapporti contrattuali con la stessa Amministrazioni e con gli altri enti pubblici.

La nuova legge sull'istituzione dell'Albo nazionale dei costruttori (10 febbraio 1962, n. 57) ha tenuto presente questi criteri, dato che accanto all'Albo è stato istituito il « casellario dei costruttori iscritti all'Albo ».

I Comitati regionali per l'Albo dei costruttori devono, infatti (art. 10, legge cit.), « raccogliere dagli uffici tecnici delle Amministrazioni dello Stato e degli Enti pubblici e trasmettere allo stesso Comitato Centrale:

a) il giudizio complessivo espresso dal collaudatore, alla fine di ogni lavoro, sulla condotta del lavoro stesso da parte del costruttore. Tale giudizio costituisce pertanto un adempimento obbligatorio delle procedure di collaudo e deve essere espresso con atto separato e riservato;

b) tutte le informazioni utili circa il comportamento dei costruttori durante la esecuzione di lavori ad essi affidati;

c) tutte le altre notizie riguardanti i costruttori che, anche indipendentemente dalla esecuzione dei lavori, possano essere utili ai fini della tenuta del Casellario. Il Casellario è a disposizione di tutte le Amministrazioni dello Stato e degli Enti pubblici per ogni notizia riguardante i costruttori ».

E' stata avvertita in quasi tutti i settori delle pubbliche Amministrazioni l'esigenza di snellire le procedure per far luogo alle aggiudicazioni e i procedimenti contabili amministrativi che le Amministrazioni devono osservare per far luogo ai pagamenti o allo svincolo delle cauzioni (v. nota del Ministero della Difesa 23 febbraio 1962).

Il Ministero della difesa-marina (v. nota 14 febbraio 1962) ha suggerito « uno snellimento della procedura sia per quanto attiene alla scelta del privato contraente, sia per ciò che concerne la stipulazione del contratto, la sua approvazione e le pratiche di liquidazioni. A ciò ben risponderebbe una riduzione, con conseguente concentrazione di competenza, degli organi consultivi e di controllo, curando tuttavia che le relative funzioni non che perdere alcunché della loro efficacia, ne acquistino in penetrazione. Carattere di procedura normale dovrebbe essere riconosciuto alla licitazione privata, riservando invece l'asta pubblica ai pochi casi ai quali essa meglio si adatta. Pur rendendosi conto della convenienza per la pubblica Amministrazione di stimolare al massimo la concorrenza, questo Ufficio è dell'avviso che non possa non essere riconosciuta la necessità di un più ampio ricorso, sia pure con l'adozione di determinate cautele, alla trattativa privata, quando risponda a particolari esigenze dell'Amministrazione oltre che a quelle più moderne della contrattazione. È peraltro prevedibile che non poche delle limitazioni

oggi esistenti verranno ad essere eliminate con l'allargamento del mercato, in relazione agli sviluppi del M.E.C. ».

L'A.N.A.S. (v. nota 14 febbraio 1962, n. 579) ha ravvisato l'opportunità che venga introdotto per le licitazioni private il sistema della media corretta (v. retro, pag. 102).

Il Provveditorato alle opere pubbliche per la Toscana (v. nota 13 febbraio 1962, n. 00621), ha prospettato un complesso di misure, di natura tecnica, giuridica e pratica, mediante le quali poter pervenire alla rimozione dei limiti indicati in riferimento alla contrattazione con la pubblica Amministrazione.

È stata, anzitutto, rilevata la necessità della « massima aderenza dei prezzi di perizia ai prezzi e listini di mercato » (v. sul problema della formazione dei prezzi o sull'incidenza di essi in materia di concorrenza, pag. 202 e seg.).

« Adozione nelle licitazioni private della scheda di massimo e del minimo ribasso fissato dall'Amministrazione, integrato dalla introduzione di medie tra le offerte rientranti tra minimo e massimo e media dei valori mediani (media tra minimo e massimo fissato dall'Amministrazione + media tra offerte rientranti in detti limiti divise per due = indice di ribasso base) » (v. anche nota della Camera di commercio di Catania 12 febbraio 1962, n. 1830, pag. 3: determinazione dell'aggiudicazione al privato che offre il ribasso più vicino a quello medio confrontato con la base d'asta cioè media delle offerte diviso due; v. nota della Camera di Commercio di Ravenna 15 febbraio 1962, n. 978, per l'adozione della « media ponderata »).

Come misure pratiche, il predetto Provveditorato suggerisce di far luogo alla rotazione negli inviti alle licitazioni « e seguire come le imprese rispondano agli inviti » e di procedere alla pubblicazione mediante affissione in apposito Albo di ogni lavoro per il quale viene indetta la licitazione, dando termine alle imprese che desiderano essere invitate per formulare relativa istanza.

Viene ribadita la opportunità che le offerte debbano essere presentate esclusivamente a mezzo plico raccomandato espresso da pervenire entro le ore 20 del giorno precedente alla gara. I verbali di gara inseriti nei relativi repertori dovranno essere sottoposti a registrazione fiscale.

In ordine alla esigenza di provvedere allo snellimento delle procedure in vigore per la contrattazione con la pubblica amministrazione sono state indicate particolari osservazioni.

In genere, viene suggerito una riduzione del numero degli organi di controllo e, per quanto riguarda gli enti locali, l'adozione di un

sistema che, in applicazione dei principi della Corte costituzionale, renda più concreta la forma di autonomia riconosciuta agli stessi enti (v. fra gli altri: nota dell'I.A.C.P. di Pavia 8 marzo 1962).

La considerazione che giustifica questa quasi unanime richiesta di revisione delle norme indicate viene riposta nel rilievo che la complessità degli atti procedurali incide sul tempo occorrente al perfezionamento della stessa procedura, per il che tra la data della deliberazione adottata dall'ufficio o dall'ente per l'esecuzione dell'opera o per l'assunzione del servizio e il momento della stipulazione del contratto, si determinano modifiche nella situazione di mercato le quali si rifletteranno in sede di svolgimento del rapporto obbligatorio posto in essere dal privato con la pubblica Amministrazione.

Siffatta situazione, in quanto inevitabile per ciascuna procedura di aggiudicazione, viene attentamente considerata dai possibili contraenti privati, i quali come si è già rilevato o non partecipano alle licitazioni indette dall'Amministrazione ovvero tengono conto della situazione indicata in sede di formulazione delle offerte, venendo, in tal modo a costituire un elemento del tutto particolare nel sistema di contrattazione con la pubblica Amministrazione, il quale, per tale aspetto, si differenzia da quello adottato fra privati (v. fra gli altri: Provveditorati opere pubbliche: Lombardia, nota 10 febbraio 1962; Emilia, nota 10 febbraio 1961, n. 104/Ris.; Basilicata nota 10 febbraio 1962, n. 5/Ris.; Prefetture: Reggio Emilia, nota 13 febbraio 1962; Venezia, nota 21 febbraio 1962; Lucca, nota 19 gennaio 1962, n. 900; Taranto, nota 14 febbraio 1962, n. 1036; Province: Arezzo, nota 3 febbraio 1962, n. 526; Pistoia, nota 10 febbraio 1962, n. 175; Comuni: Parma, nota 8 febbraio 1962; Reggio Emilia, nota 9 febbraio 1962; Padova, nota 15 febbraio 1962, n. 327; Macerata, nota 13 febbraio 1962, n. 1677; Bologna, nota 13 febbraio 1962, n. 1733; Istituti autonomi Case popolari: Bari, nota 14 febbraio 1962, n. 15824; Ravenna, nota 16 febbraio 1962, n. 4328; Rovigo, nota 14 febbraio 1962, n. 280; Gorizia, nota 10 febbraio 1962, n. 228; Piacenza, nota 14 febbraio 1962, n. 4426; Foggia, nota 14 febbraio 1962, n. 5881; Aosta, nota 1° febbraio 1962; Brindisi, nota 15 febbraio 1962, n. 3195; Bologna, nota 13 febbraio 1962, n. 15044; Padova, nota 15 febbraio 1962, n. 327; Macerata, nota 13 febbraio 1962, n. 1677).

Nel settore dei suggerimenti pratici, è stata indicata da numerosi enti la opportunità che sia data la massima pubblicità all'indizione delle gare, onde consentire una maggiore partecipazione evitando, per tale mezzo, la formazione di situazioni di predominio da parte specialmente di imprese locali (v. peraltro, considerazioni opposte formulate da taluni

Uffici, dal Comune di Rieti, nota 30 gennaio 1962, n. 1392; dalla Camera di Commercio di Rieti, nota 8 febbraio 1962, n. 01221; dalla Provincia di Rieti 16 gennaio 1962, n. 1624).

In particolare, la Camera di commercio di Salerno ha ravvisato la opportunità di « dare la massima pubblicità, anche mediante pubblicazione sul *Bollettino mensile delle Camere di commercio*, delle aggiudicazioni mediante trattativa o licitazione privata e ciò per consentire a tutte le ditte interessate di rendersi conto delle ragioni che hanno consigliato le Amministrazioni pubbliche a preferire tali forme di aggiudicazione » (v. analogamente Cassa del Mezzogiorno, nota 20 marzo 1962, n. 1/12125 e in genere per una più ampia pubblicità: Provveditorato alle opere pubbliche dell'Umbria, nota 19 febbraio 1962, n. 4/ris.; Comune di Bergamo, nota 13 febbraio 1962; Camere di commercio: Venezia nota 22 febbraio 1962, n. 1587; Napoli, nota 14 febbraio 1962, n. 163; Pavia, nota 7 febbraio 1962, n. 1245; Carrara, nota 10 febbraio 1962, n. 1084; Macerata, nota 6 febbraio 1962, n. 1218; Ravenna, nota 15 febbraio 1962, n. 978).

Per quanto attiene ai metodi da adottare in sede di aggiudicazione, e ciò al fine di evitare gli eccessivi ribassi, alcuni enti hanno suggerito l'adozione del sistema delle medie (v. retro pag. 113) (v. fra gli altri Prefettura di Chieti, nota 14 febbraio 1962; Camera di commercio di Potenza, 19 febbraio 1962, n. 596; Istituto autonomo case popolari di Siena, nota 14 febbraio 1962 e di Potenza, nota 15 febbraio 1962, n. 1629).

Sono stati, infine, indicati numerosi accorgimenti e misure rivolti a eliminare per quanto possibile gli effetti dei limiti alla concorrenza accertati in sede di indagine.

La Prefettura di Asti (nota 22 febbraio 1962, n. 3062) ha suggerito di ampliare il numero delle ditte da invitare non limitandosi a quelle locali, e ciò al fine di evitare il formarsi di intese.

La Prefettura di Bologna (nota 5 febbraio 1962, n. 871), nel proporre misure legislative, ritiene che dovrebbe essere limitata l'adozione dell'appalto a pagamento differito; che dovrebbe essere consentita una maggiore possibilità di avvalersi della licitazione privata « mantenendo il più scrupoloso segreto sui nominativi delle ditte invitate », evitando, però, l'uso della scheda segreta, in quanto tale sistema si presta facilmente a collusioni e « può essere motivo di sospetti e diffidenze che allontanano le ditte dalla gara » (v. anche per l'abolizione della scheda segreta: Prefettura di Lucca, nota 19 gennaio 1962, n. 900; Prefettura di Arezzo, nota 14 febbraio 1962, n. 223).

Il Comune di Como (v. nota 13 febbraio 1962) ha ritenuto di indicare i seguenti suggerimenti in ordine alle modifiche da apportare alle norme di contabilità generale: non rendere obbligatoria nelle licitazioni private l'aggiudicazione anche quando la migliore offerta sia compresa nei limiti di minimo e di massimo indicati nella scheda segreta dell'Amministrazione; eliminare la possibilità dell'aggiudicazione a persona da nominare; limitare la convocazione alle sole imprese o ditte iscritte all'Albo; lasciare libera l'Amministrazione sulla scelta delle imprese o ditte da invitare alla gara eliminando legislativamente la prassi instaurata da parte di diversi organi governativi di interferire al riguardo.

Il Comune di Sondrio (v. nota 13 febbraio 1962, n. 668) ha formulato numerose modifiche del regolamento di contabilità generale al fine di evitare, per quanto possibile, la formazione di intese fra le ditte partecipanti alle gare (modifica dell'art. 75, abolizione della lettera *b*) dell'art. 73 e della lett. *a*) dell'art. 89).

Il Comune di Bologna (v. nota 13 gennaio 1962, n. 1733), oltre a suggerire uno snellimento delle procedure di aggiudicazione, particolarmente quelle relative ai pagamenti alle imprese (dato che il notevole ritardo comporta di per sé un limite alla partecipazione delle imprese di media portata), nonché una revisione della stessa legge comunale e provinciale per quanto riguarda la semplificazione dei controlli sugli enti locali (limitando il controllo di merito solo a quello previsto dalla costituzione della richiesta di riesame), ha indicato le norme del regolamento di contabilità generale che dovrebbero essere convenientemente modificate in funzione dei criteri di maggiore celerità delle stesse procedure di aggiudicazione nonché di quelli che consentono di eliminare quanto più possibile i limiti alla concreta partecipazione dei privati alle gare indette dalla pubblica Amministrazione (articoli 63, 66, 67, 68, 69, 73, lett. *a*) e *d*), 75, 89, 91, 92; analoga richiesta è stata formulata dalla Prefettura di Bergamo per gli artt. 66, 69, 73, lett. *c*), 89, 91, 92 del regolamento di contabilità, v. nota senza data).

L'A.N.C.E. (v. nota 13 febbraio 1962, n. 701/C.6/Stat.) ha, fra l'altro, considerato di particolare necessità l'adozione del capitolato generale per gli appalti del Ministero dei lavori pubblici.

Va, al riguardo, considerato che il decreto ministeriale 3 maggio 1956 con cui veniva approvato un nuovo capitolato generale per gli appalti del Ministero dei lavori pubblici, pur non rientrando tra gli atti soggetti al controllo della Corte dei conti, venne egualmente sottoposto al visto al fine di sollecitare un giudizio di legittimità sul capitolato, il che, in ogni caso, sarebbe avvenuto in occasione della registrazione di futuri contratti sti-

pulati dalla pubblica Amministrazione. La Corte dei conti, con deliberazione del 25 ottobre 1956, n. 81, rifiutò la registrazione del decreto ministeriale sia perchè, in considerazione della natura regolamentare del capitolato, l'approvazione doveva essere compiuta con decreto del Presidente della Repubblica, sia perchè non ritenne conformi a legittimità né il sistema arbitrale per la risoluzione delle controversie tra l'Amministrazione e l'appaltatore né la clausola di non impugnabilità di lodo arbitrale per inosservanza delle regole di diritto.

L'Amministrazione, in relazione alle osservazioni formulate dalla Corte dei conti, predispose il decreto presidenziale di approvazione, trasmettendolo al Consiglio di Stato per il parere, in adunanza generale.

Il Consiglio di Stato, con il parere del 26 luglio 1957, n. 376, ribadì la natura contrattuale e non regolamentare del capitolato per cui riteneva non idoneo lo strumento del decreto presidenziale per l'approvazione del capitolato e manifestò parere contrario all'abolizione sia dell'obbligatorietà dell'arbitrato e sia della inoppugnabilità del lodo.

Il Governo nel contrasto tra l'avviso della Corte dei conti e il parere del Consiglio di Stato, ritenne di aderire ai suggerimenti della Corte dei conti, andando, quindi, in contrario avviso al parere del Consiglio di Stato.

Di conseguenza, il nuovo capitolato generale veniva approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, ribadendosi, in tal modo, la natura regolamentare del capitolato generale di appalto.

Nel nuovo capitolato sono stati inseriti i principi relativi alla natura facoltativa dell'arbitrato (e, quindi, vi è la possibilità di sottoporre le controversie alla cognizione del giudice ordinario e alla garanzia processuale della impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto).

Un particolare aspetto del contratto di appalto è stato esaminato con la circolare 17 aprile 1964, n. 4793, del Ministero dei lavori pubblici, riguardante la fase contenziosa del rapporto contrattuale per l'appalto di opere pubbliche, e, precisamente, la liquidazione degli onorari ai componenti dei collegi arbitrali.

Con l'accennata circolare, il suddetto Ministero, in adesione al parere all'uopo espresso dall'Avvocatura Generale dello Stato, ha rilevato che l'art. 51 del nuovo capitolato generale di appalto non riproduce più la norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 49 dell'abrogato capitolato generale del 1865, che, come è noto, poneva a carico della parte attrice l'onere di anticipare le spese del giudizio arbitrale e da cui si

argomentava anche l'attribuzione agli arbitri del potere di procedere direttamente alla liquidazione delle spese e degli onorari loro dovuti.

Il citato art. 51 dispone – ha osservato l'Avvocatura Generale dello Stato – che la liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri ha luogo nei modi stabiliti dall'art. 814 del Codice di procedura civile, con ciò evidentemente riferendosi all'ultima parte del primo comma di tale articolo, la quale dispone che l'ammontare delle spese e dell'onorario è determinato con ordinanza non impugnabile dal presidente del Tribunale del luogo in cui è stato stipulato il contratto, su ricorso degli arbitri e sentite le parti.

Come misura che possa impedire l'acquisizione dell'esecuzione dell'opera senza la coesistenza della necessaria capacità finanziaria, è stato suggerito che venga condizionato il conferimento da parte dell'aggiudicatario « del finanziamento e della sua immediata operabilità » (v. nota dell'I.A.C.P. di Siracusa 14 febbraio 1962, n. 21732; nota del Comune di Pesaro 14 febbraio 1962, n. 3951).